

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### **L'importance résiduaire de la notion de procès équitable après la loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins**

Misonne, Antoine

*Published in:*  
R.D.P.C.

*Publication date:*  
2004

*Document Version*  
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Misonne, A 2004, 'L'importance résiduaire de la notion de procès équitable après la loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins', *R.D.P.C.*, p. 975-1028.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## **L'importance résiduaire de la notion de procès équitable après la loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins**

La notion de procès équitable, développée par la Cour européenne des droits de l'homme, a trouvé de nombreuses applications devant les juridictions de fond. La jurisprudence européenne et belge relative à la réception des témoignages anonymes en est une des illustrations les plus marquantes. Depuis la loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins<sup>1</sup>, l'on pourrait penser que les balises strasbourgeoises en la matière ont perdu leur intérêt en Belgique. Bien au contraire, la notion de procès équitable garde toute son importance. D'une part, il faut toujours examiner si les nouvelles dispositions belges rencontrent les exigences de la Convention. D'autre part, surtout, comme cette loi relative au témoignage anonyme semble ignorer la phase préparatoire au procès pénal, la notion de procès équitable, pour autant qu'elle puisse être prise en compte à ce moment, reste une garantie incontournable. Or, l'on sait que les juridictions d'instruction manient celle-ci avec précaution, voire réticence ...

Dans un premier temps, nous tracerons le cadre dans lequel s'inscrit la prise en compte de la notion de procès équitable par les juridictions d'instruction: celui d'un difficile équilibre entre procédure inquisitoire et impératif du respect des droits de la défense. Il sera alors loisible de constater les limites apportées en particulier à la contradiction par les nécessités de l'information et de l'instruction, en dépit des dernières évolutions d'un droit de la procédure pénale toujours en pleine mutation<sup>2</sup>.

Dans un deuxième temps, nous fixerons l'étendue du champ d'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui consacre l'exigence du procès équitable. A cet effet, après un rapide tour d'horizon de la signification de cette disposition, nous tenterons de faire le point sur l'occurrence de sa prise en compte par les juridictions d'instruction et, le cas échéant, sur l'«objet procédural» auquel elle s'applique.

Dans un troisième temps, nous observerons les implications de la notion de procès équitable en termes de réception des témoignages anonymes par les juridictions d'instruction. Les conditions d'administration

(1) L. du 8 avril 2002, relative à l'anonymat des témoins, *M.B.*, 31 mai 2002, p. 23735.

(2) A ce propos, voy. l'avant-projet de Code de procédure pénale établi par la commission pour le droit de la procédure pénale (Avant-projet de Code de procédure pénale, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2001-2002, n° 2043/001 et Sén., sess. ord. 2001-2002, n° 2-1288/1).

de tels témoignages ont déjà fait l'objet de nombreux commentaires doctrinaux, ainsi que d'une jurisprudence étoffée de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de cassation. Pourtant, en dépit de la récente loi appelée à régler la question, plusieurs interrogations persistent, notamment quant au respect par les nouvelles dispositions de la jurisprudence de Strasbourg, quant à l'interprétation de notions introduites par ce texte récent et quant au champ d'application de cette loi relative à l'anonymat des témoins lors de la phase préparatoire du procès.

## **Chapitre I. Caractère contradictoire et respect des droits de la défense au niveau des juridictions d'instruction**

Une décision judiciaire doit être la conclusion d'un débat au cours duquel chaque partie a pu commenter et, le cas échéant, contester chacun des éléments de preuve avancés. Toutefois, lors de la phase qui précède tout procès pénal, cet idéal est malmené par les nécessités de l'enquête. Ainsi, depuis l'origine du système judiciaire, le respect des droits de la défense et plus particulièrement l'exigence de contradictoire ont été mis en balance avec le secret de l'information et de l'instruction. Malgré les réformes entreprises ces dernières années, peut-on dire qu'il en est autrement aujourd'hui?

### **Section 1. La prééminence, toujours actuelle, du caractère inquisitoire**

Comme dans la plupart des pays continentaux, le caractère inquisitoire marque la phase préliminaire de la procédure pénale belge<sup>3</sup>. Si elle en tempère quelque peu les effets, la réforme FRANCHIMONT<sup>4</sup>, introduite par la loi du 12 mars 1998<sup>5</sup>, maintient toutefois la prééminence de manière

(3) Voy. C. VAN DEN WYNGAERT, *Strafrecht en strafprocesrecht in hoofdlijnen*, 5<sup>e</sup> éd., Antwerpen – Appeldoorn, Maklu, 1999, pp. 469-488; H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *Droit de la procédure pénale*, 3<sup>e</sup> éd., Bruges, La Charte, 2003, pp. 11-13 et 29-36 et R. VERSTRAETEN, *Handboek strafvordering*, 3<sup>e</sup> éd., Antwerpen et Appeldoorn, Maklu, 2001, pp. 35-36 et 45-46.

(4) Du nom du professeur de l'Université de Liège, qui présida les travaux de la Commission pour la réforme du Code de procédure pénale.

(5) L. du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction, *M.B.*, 2 avril 1998, p. 10027.

explicite: « *Sauf les exceptions prévues par la loi, l'instruction est secrète* », consacre l'article 57, § 1<sup>er</sup>, du Code d'instruction criminelle<sup>6,7</sup>.

Ce caractère inquisitoire présente trois implications marquantes. La première est la constitution du dossier répressif<sup>8</sup>, compte rendu d'une instruction préparatoire écrite, sur lequel se basera le juge du fond lors d'une procédure alors orale pour l'essentiel. La deuxième est le caractère secret des enquêtes préparatoires. Corollaire de la procédure inquisitoire, ce caractère secret présente une facette interne et une facette externe<sup>9</sup>. Du secret requis à l'intérieur de l'instruction, il résulte que le prévenu n'est pas impliqué dans les devoirs d'enquête (lors de l'audition d'un témoin ou de l'exécution d'une perquisition chez un tiers, par exemple) et que le résultat de ceux-ci ne lui est pas communiqué<sup>10</sup>. Vis-à-vis de l'extérieur, il convient également de préserver le secret de l'instruction. Ainsi, les personnes extérieures ne peuvent s'immiscer dans la procédure ou en prendre connaissance et les auditions de témoins se déroulent à tout le moins hors présence de tiers<sup>11</sup>. Enfin, troisième implication de ce caractère inquisitoire, le caractère unilatéral ou non contradictoire de l'enquête

- (6) A ce propos, voy. Cour eur. D.H., arrêt STRATÉGIES ET COMMUNICATION et DUMOULIN du 15 juillet 2002, *J.L.M.B.*, 2002, p. 1406. Dans cette affaire qui opposait les requérants à l'Etat belge, la Cour constate que la loi du 12 mars 1998 a confirmé le secret de l'instruction préparatoire du procès pénal tout en organisant un certain nombre d'exceptions et de dérogations à celui-ci (§§ 31 et 40). Cet arrêt, ainsi que toutes les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, sont disponibles sur le site du Conseil de l'Europe à l'adresse <http://www.echr.coe.int>.
- (7) La Cour de cassation a encore rappelé ce maintien du caractère secret de l'instruction dans un arrêt récent en matière de témoignages anonymes: Cass., 26 mars 2003, *J.T.*, 2003 (abrégé), p. 482. Tous les arrêts cités peuvent être consultés sur le site de la Cour de cassation à l'adresse <http://www.cass.be>.
- (8) H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *o.c.*, p. 315; C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, p. 482 et R. VERSTRAETEN, *o.c.*, p. 298.
- (9) Cass., 2 mars 1988, *Pas.*, 1988, I, p. 795.
- (10) Le Ministère public possède une grande maîtrise de l'enquête: il est le seul à pouvoir distiller quelques éléments d'information recueillis lors des enquêtes qui n'ont pas fait l'objet d'un procès-verbal versé au dossier répressif. L'inculpé, pas plus que le juge du fond, ne peut lui enjoindre de produire ces éléments à l'audience (Gent, 3 juin 2002, *NJW*, 2002, p. 321). Voy., à ce propos, Cass., 30 octobre 2001, *T. Strafr.*, 2002, p. 198.
- (11) Voy. H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *o.c.*, pp. 318-319; F. TULKENS, « Les limites du secret de l'instruction », *Journ. proc.*, 1985, n° 67, pp. 20-23 et n° 68, pp. 16-19 et C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, pp. 479-482. Voy. aussi dans quelle mesure le secret de l'instruction peut limiter la liberté de la presse et le droit du citoyen à être informé (à propos d'un livre recueillant quelques éléments de l'enquête, dans l'affaire « Dutroux »): Antwerpen (réf.), 8 février 1999, *AM*, 1999, p. 241 et spéc. pp. 247 et 248, note D. VOORHOOF et *A.J.T.*, 1998-99, p. 789, note D. VOORHOOF. Par ailleurs, voy. également l'article 28quinquies et l'article 57, § 1<sup>er</sup>, du Code d'instruction criminelle, qui précisent que toute personne appelée à prêter son concours professionnel à l'information ou à l'instruction est tenue au secret. Ces deux articles renvoient à l'article 458 du Code pénal.

préparatoire. A l'origine, le caractère unilatéral de l'instruction préparatoire dénie au prévenu le droit de contester pendant l'enquête préparatoire les éléments à sa charge et l'empêche d'apporter des moyens de défense car aucune décision sur le fond n'est prise à ce niveau<sup>12</sup>. Avant la réforme FRANCHIMONT, le prévenu, pas plus que la partie civile, n'avait le droit de requérir des devoirs d'instruction complémentaires<sup>13</sup>. De même, une frange considérable de la doctrine et de la jurisprudence estimait que le «principe» du non-contradictoire rendait impossible tout recours contre les décisions du juge d'instruction<sup>14</sup>.

Les raisons qui, traditionnellement, justifient ces caractères secret et unilatéral et qui font que, aujourd'hui encore, les dispositions du Code d'instruction criminelle répondent à une logique inquisitoire, sont l'efficacité de l'enquête et les inconvénients que la publicité engendrerait à l'égard des personnes impliquées dans la procédure<sup>15</sup>. D'une part, pour être efficace, l'enquête doit se dérouler dans la discrétion. Il serait inutile, par exemple, de tenter une perquisition dont le but serait de récolter les preuves d'une infraction, si la personne visée en est avertie au préalable. En outre, l'impartialité et l'indépendance des juges pourraient se voir menacées par la pression de l'opinion publique à l'occasion d'une enquête dont les tenants et aboutissants seraient dévoilés<sup>16</sup>. D'autre part, la réputation de personnes associées d'une quelconque manière à une affaire relayée par les médias peut être irrémédiablement entachée, parfois sans

(12) H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *o.c.*, pp. 315-317; C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, p. 482 et R. VERSTRAETEN, *o.c.*, pp. 312-314.

(13) L. HUYBRECHTS, «Vragen over de werking van artikel 127 Wetboek strafvordering», *R.W.*, 1999-2000, II, p. 1282.

(14) R. VERSTRAETEN, *o.c.*, pp. 313-314.

(15) C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, p. 479. Voy. C.A., 18 avril 2001, n° 53/2001, *Journ. proc.*, 2001, n° 415, p. 26, obs. P. MORLET, p. 31, *Arr. C.A.*, 2001, p. 763 et *J.T.*, 2001, p. 488. Dans cet arrêt, la Cour d'arbitrage estime que l'article 62 du Code d'instruction criminelle, qui prévoit la descente sur les lieux du juge d'instruction accompagné du procureur du Roi sans prévoir cette possibilité pour l'inculpé et la partie civile, ne viole pas les règles de l'égalité et de la non discrimination. Elle rappelle qu'à ce moment «*la procédure pénale est inquisitoire, afin, d'une part, compte tenu de la présomption d'innocence, d'éviter de jeter inutilement le discrédit sur les personnes, d'autre part, dans un souci d'efficacité, d'être en mesure d'agir vite, sans alerter les coupables*» (*Ibid.*, B.5.). Il est cependant intéressant de noter que la Cour justifie l'absence de discrimination par l'existence de dispositions légales atténuant le caractère inquisitoire de cette descente sur les lieux (*Ibid.*, B.6.2.). Voy. aussi C.A., 24 juin 1998, n° 74/98, *Arr. C.A.*, 1998, p. 899, *R.W.*, 1998-99, p. 1139, note B. DE SMET, *J.T.*, 1998, p. 551, *A.J.T.*, 1998-99, p. 434, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1280, *Journ. proc.*, 1998, n° 353, p. 25, note P. CHOMÉ et N. GALAND, *R.G.A.R.*, 2000, n° 13 299, *Rev. dr. pén.*, 1998, p. 1041, *Dr. circ.*, 1999, p. 16 et Gent, 20 novembre 1998, *T.M.R.* et 1999, p. 215.

(16) Voy., à ce propos, Antwerpen (réf.), 8 février 1999, *AM*, 1999, p. 241, note D. VOORHOOF et *A.J.T.*, 1998-99, p. 789, note D. VOORHOOF.

raison<sup>17</sup>. Ainsi, le secret de l'instruction obéit-il dès lors à un but d'intérêt général et est considéré comme d'ordre public<sup>18</sup>. Il s'agit d'un «principe fondamental» – et non d'un principe général du droit<sup>19</sup> – qui existe «*tant en faveur des inculpés présumés innocents que pour amener plus efficacement à la répression des infractions*»<sup>20</sup>.

## Section 2. Quelques moments de contradiction au sein de la phase préparatoire

Le caractère inquisitoire de l'instruction préparatoire a fait l'objet de nombreuses critiques, et ce depuis la rédaction en 1808 du Code d'instruction criminelle. Plusieurs initiatives législatives ont, sans beaucoup de succès, tenté de tempérer le caractère secret et unilatéral de la phase préalable au procès pénal<sup>21</sup>. En 1919, le règlement de la procédure effectué par la chambre du conseil est rendu en principe contradictoire<sup>22</sup>, tandis que l'année suivante voit l'extension de la même réforme à la chambre des mises en accusation<sup>23</sup>. Bien plus tard, la loi du 20 juillet 1990<sup>24</sup> introduit certaines dispositions propres à atténuer l'importance du secret dans l'instruction pénale, telles que l'accès au dossier reconnu à l'inculpé détenu ou le droit accordé à l'inculpé placé sous mandat d'arrêt de recevoir une copie

(17) P. TRAEST, «De regeling van de rechtspleging», *Strafrecht. Wie is er bang van het strafrecht?*, Gent, Mys & Breesch, 1998, p. 272.

(18) C.E., 10 janvier 1992, A. V., n° 38476, *J.L.M.B.*, 1992, p. 1049 et Bruxelles (mis.acc.), 24 octobre 1967, *J.T.*, 1967, p. 666. Voy. les arrêts rappelant les raisons d'être du secret de la phase préparatoire du procès: Cass., 12 juin 1913, *Pas.*, 1913, I, p. 326 et Cass., 21 octobre 1912, *Pas.*, 1912, I, p. 427.

(19) Cass., 1<sup>er</sup> décembre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1600.

(20) Bruxelles (mis.acc.), 24 octobre 1967, *J.T.*, 1967, p. 666.

(21) Voy. F. TULKENS, *o.c.*, n° 67, pp. 20-21.

(22) L. du 23 août 1919 sur la détention préventive, les circonstances atténuantes et la participation du jury à l'application des peines, *M.B.*, 25-26 août 1919 et la L. du 25 octobre 1919, modifiant temporairement l'organisation judiciaire et la procédure devant les cours et tribunaux, *M.B.*, 9 novembre 1919. Voy. à ce propos: Liège (mis. acc.), 11 décembre 1986, *J.L.M.B.*, 1987, p. 122 et Liège (4<sup>e</sup> ch.), 10 octobre 1990, *J.L.M.B.*, 1991, p. 554.

(23) L. du 19 août 1920, modifiant l'article 223 du Code d'instruction criminelle, *M.B.*, 26 août 1920.

(24) L. du 20 juillet 1990 relative à la détention préventive, *M.B.*, 14 août 1990, p. 15779.

de ses auditions<sup>25</sup>. Entre-temps, certaines pratiques *praeter et contra legem* s'étaient aussi développées<sup>26</sup>.

Toutefois, c'est avec la réforme FRANCHIMONT, dont le premier volet a abouti en 1998, que la phase préparatoire du procès pénal commence à se teinter de certaines couleurs plus contradictoires. Même si la loi du 12 mars 1998<sup>27</sup> consacre le maintien du secret de l'information et de l'instruction, elle est avant tout celle de l'avancée la plus marquante du contradictoire lors de l'instruction. Parmi les mécanismes mis en place: le référé pénal (art. 61<sup>quater</sup> C.i.cr.); le droit accordé à tout individu entendu par les services de police, le procureur du Roi ou le juge d'instruction de

- (25) H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *o.c.*, pp. 317-318. Voy. not. Cass., 13 décembre 2000, *Rev. dr. pén.*, 2001, p. 580, note. Dans cet arrêt, la Cour de cassation précise que si l'inculpé doit être mis en possession d'une copie des procès-verbaux contenant ses auditions dès qu'un mandat d'arrêt lui a été signifié, c'est afin «*de mieux préparer sa défense, d'éclairer son avocat et de rendre possible un éventuel débat contradictoire avant la première comparution en chambre du conseil*» (*Ibid.*, p. 582).
- (26) H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *o.c.*, pp. 317-318.; B. DEJEMEPPE, «Us et coutumes en matière pénale: les principes fondamentaux à la dérive», *Rev. dr. pén.*, 1988, p. 24 et F. TULKENS, *o.c.*, n° 67, p. 21.
- (27) L. du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction, *M.B.*, 2 avril 1998, p. 23735. A propos de cette loi, on consultera not. H.-D. BOSLY et I. WATTIER, «L'instruction», *La loi du 12 mars 1998 réformant la procédure pénale*, Liège, Ed. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1998, pp. 111-152; R. DE BÉCO, «Le projet de loi relatif à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction, dit 'Projet Franchimont'», *Journ. proc.*, n° 328, pp. 8-11 et n° 329, pp. 22-25; A. DE NAUW, «De zuivering van de nietigheden door de kamer van inbeschuldigingstelling na de Wet van 12 maart 1998. Een maat voor niets», *Liber amicorum Jean Van den Heuvel*, Antwerpen, Kluwer, 1999, pp. 463-473; T. DESCHEPPER, *De nieuwe wet Franchimont*, Antwerpen, Kluwer et Story-Scientia, 1998; L. HUYBRECHTS, *o.c.*, pp. 1281-1287; O. KLEES et D. BOSQUET, «Essai de synthèse des principaux apports de la loi Franchimont du point de vue des droits de la défense», *Le point sur les procédures (1<sup>ère</sup> partie)*, Liège, C.U.P., 2000, pp. 199-221; A. MASSET, «Le nouveau règlement de la procédure (articles 127 et 135 nouveaux C.I.C.): un an d'application de la réforme Franchimont», *R.D.J.P.*, 2000, pp. 17-25; P. MORLET, «Le règlement de la procédure et le contrôle de la régularité», *La loi belge du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction*, Bruxelles, La Charte, 1998, pp. 83-102; M. NÈVE et S. BERBUTO, *Le nouveau droit de la procédure pénale – Loi du 12 mars 1998*, Diegem, Kluwer et Story-Scientia, 1998; T. ONGENA, «De kamer van inbeschuldigingstelling als controleorgaan van het gerechtelijk onderzoek», *R.W.*, 1998-99, I, pp. 490-501; P. TRAEST, «De beoordeling van de regelmatigheid van de procedure binnen het kader van de regeling van de rechtspleging», *Le second avant-projet de loi de la Commission Droit de la procédure pénale*, Gent, Mys & Breesch, 1997, pp. 97-116; P. TRAEST, «De regeling van de rechtspleging», *o.c.*, pp. 271-305; P. TRAEST, T. DE MEESTER et A. MASSET, *o.c.*, pp. 153-217; D. VANDERMEERSCH et O. KLEES, «Chronique de jurisprudence. Un an d'application de la loi du 12 mars 1998 relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction», *J.L.M.B.*, 1999, II, pp. 1588-1619 et I. WATTIER, «La réforme de la phase préparatoire du procès pénal», *R.G.D.C.*, 1998, pp. 29-56.

demander à recevoir une copie de sa déclaration (art. 28<sup>quinq</sup>, § 2 et 47<sup>bis</sup>, 4° du Code d'instruction criminelle); la consultation par l'inculpé non détenu de son dossier répressif lors de l'instruction (art. 61<sup>ter</sup> et 127, al. 3 et al. 6 C.i.cr.); la possibilité de demander au juge d'instruction l'exécution de devoirs complémentaires (art. 61<sup>quinq</sup>, § 1<sup>er</sup> et 127, al. 4 C.i.cr.). Le caractère contradictoire du règlement de la procédure lui-même, qu'il ait lieu devant la chambre du conseil ou devant la chambre des mises en accusation est aussi confirmé par les articles 127, 135, 235<sup>bis</sup> et 416, alinéa 2 du Code d'instruction criminelle<sup>28</sup>.

### Section 3. Conclusion: une contradiction par touches, mais un maintien du caractère inquisitoire général

Cette réforme intervenue en 1998, que l'on peut qualifier, à l'instar de M<sup>e</sup> DE BÉCO, de « *timide avancée du contradictoire* »<sup>29</sup>, n'a pas transformé fondamentalement le caractère inquisitoire de la phase préparatoire de la procédure pénale belge. Même si l'on ne peut plus dire aujourd'hui comme auparavant que la chambre du conseil remplit une fonction plus administrative que judiciaire<sup>30</sup>, il ne s'agit, la plupart du temps, que d'une contradiction par touches.

Illustration de cet état de fait, cet arrêt du 16 mai 2001, dans lequel la Cour de cassation maintient que le caractère unilatéral de l'expertise diligentée par le juge d'instruction ne pouvait être contesté, en tout cas pas au nom d'un principe général de droit au « contradictoire »<sup>31</sup>. Selon une jurisprudence constante, un tel principe n'existe pas, mais n'est qu'une

(28) Cass., 25 septembre 2002, *J.L.M.B.*, 2002, pp. 1636-1645, concl. Av. gén. J. SPREUTELS. Voy., dans cette même affaire, l'arrêt de la Cour statuant sur le pourvoi dirigé contre l'arrêt rendu par la chambre des mises en accusation de la Cour d'appel de Liège statuant comme juridiction de renvoi, suite à l'arrêt de la Cour du 25 septembre 2002 (Cass., 26 mars 2003, *J.T.*, 2003 (abrégé), p. 482).

(29) R. DE BÉCO, *o.c.*, n° 328, p. 11.

(30) O. KLEES et D. BOSQUET, *o.c.*, pp. 217-218.

(31) Cass., 16 mai 2001, *Pas.*, 2001, p. 881, spéc. p. 887. Toutefois, rien n'interdit qu'une expertise se déroule de manière contradictoire (Mons (mis.acc.), 5 octobre 2000, *J.T.*, 2000, p. 109), voire même qu'elle le soit suite à une injonction de la chambre des mises en accusation animée par un souci d'efficacité et de qualité de l'expertise (Bruxelles (mis. acc.), 13 novembre 2000, *J.T.*, 2000, p. 108). En 2003, la Cour de cassation a confirmé sa position, précisant que « *la circonstance que les parties ne peuvent participer à l'expertise ordonnée par le juge d'instruction, sauf si et dans la mesure où celui-ci l'estime adéquat pour la recherche de la vérité, ne constitue pas en soi une violation de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense* » (Cass., 19 février 2003, *J.T.*, 2003, p. 465 (abrégé) et *Rev. dr. pén.*, 2004, p. 126, note A.-L. FETTWEIS).



conséquence du principe général du respect des droits de la défense<sup>32</sup>. A l'invocation de l'atteinte aux droits de la défense que représente une expertise exécutée de manière non contradictoire, la Cour répond qu'aucune violation de ce principe général de droit ne peut être retenue dès lors que l'expertise a été soumise plus tard, devant le juge du fond, à la contradiction des parties<sup>33</sup>. En principe, pourtant, le Code judiciaire prévoit que l'expertise se déroule de manière contradictoire<sup>34</sup>. Toutefois, en vertu de l'article 2 de ce Code, cette règle ne s'applique à toute procédure que pour autant que celle-ci ne soit pas contraire à une disposition légale spécifique ou à un principe de droit. Or, les dispositions du Code judiciaire qui consacrent la contradiction de l'expertise ne sont pas appliquées du fait de leur incompatibilité avec le caractère inquisitorial de la procédure préparatoire. Les expertises requises pendant l'information ou l'instruction sont donc, pour la plupart, unilatérales. La Cour d'arbitrage a estimé qu'il n'y avait là aucune violation du principe d'égalité et de non-discrimination car, d'une part, il appartient toujours au magistrat qui a désigné l'expert d'imposer la contradiction de l'expertise et, d'autre part, parce que le juge du fond n'est jamais lié par les constatations de l'expert, ce qui lui permet de tenir compte de leur caractère non contradictoire<sup>35</sup>.

Les travaux préparatoires de la loi du 12 mars 1998 reflètent eux aussi ce maintien du caractère unilatéral de la procédure préparatoire. C'est l'insuffisance du respect des droits de la défense à ce stade, notamment quant à la contradiction, qui a conduit la Commission de la Justice de la Chambre à écarter dans un premier temps la possibilité d'une purge complète des nullités par les juridictions d'instruction, exclusive de tout examen ultérieur de l'instruction par les juridictions de fond<sup>36</sup>. Ce qui revient à dire qu'aux yeux des membres de cette commission, la contradiction ne serait toujours pas assurée après l'entrée en vigueur de la loi qu'ils rédigeaient.

(32) Cass., 11 décembre 2001, *Juristenkrant*, 2002, n° 41, p. 1 (sommaire L. ARNOU) et <http://www.jura.be> (16 décembre 2002); Cass. (ch. vac.), 31 juillet 2001, *J.T.*, 2001, p. 714; Cass., 16 mai 2001, *Pas.*, 2001, p. 881, spéc. p. 887; Cass., 19 décembre 2000, *Juristenkrant*, 2001, n° 22, p. 1; Cass., 10 novembre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1481 et Cass., 14 janvier 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 53.

(33) Cass., 10 février 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 179 et *Larc. Cass.*, 1999, p. 56.

(34) Voy. les articles 962 et suivants du Code judiciaire.

(35) C.A., 24 juin 1998, n° 74/98, *M.B.*, 25 septembre 1998, p. 31.445, *Arr. C.A.*, 1998, p. 899, *R.W.*, 1998-99, p. 1139, note B. DE SMET, *J.T.*, 1998, p. 551, *A.J.T.*, 1998-99, p. 434, *J.L.M.B.*, 1998, p. 1280, *Journ. proc.*, 1998, n° 353, p. 25, note P. CHOMÉ et N. GALAND, *R.G.A.R.*, 2000, n° 13 299, *Rev. dr. pén.*, 1998, p. 1041 et *Dr. circ.*, 1999, p. 16.

(36) Projet de loi relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 857/17, pp. 143-146.

La réforme FRANCHIMONT a donc introduit plusieurs dispositions qui, chacune, apporte un moment de plus grande contradiction au sein de la procédure, sans toutefois consacrer une application générale de la contradiction au sein des juridictions d'instruction<sup>37</sup>. Dès lors, en attendant l'avènement d'une modification plus fondamentale de notre procédure pénale<sup>38</sup> telle que le Professeur FRANCHIMONT l'envisageait avant même la réforme de 1998<sup>39</sup>, il se pourrait que, en certaines occasions, des garanties de droit international, comme celle du procès équitable consacré par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, soumettent les juridictions d'instruction à des exigences, notamment de contradiction, supérieures à celles requises par la législation et la jurisprudence nationales.

## Chapitre II. Les atteintes au procès équitable au sein des juridictions d'instruction

Devant les juridictions d'instruction, des moyens de preuves avancés pour justifier un éventuel renvoi devant le tribunal correctionnel ou la cour d'assises peuvent être considérés comme illégaux ou même, à ce moment, bien que collectés légalement, faire l'objet d'une administration irrégulière devant la juridiction d'instruction. L'irrégularité peut découler de la violation d'un principe général du droit ou d'une disposition légale consacrant, par exemple, le caractère contradictoire de cette procédure. Pour autant que son champ d'application englobe les procédures devant les juridictions d'instruction, l'irrégularité pourrait aussi être prise de la violation d'une norme de droit international, tel l'article 6 de la Convention

(37) Rappelons que ce principe n'existe d'ailleurs pas en tant que principe général du droit distinct du principe général du droit relatif au respect des droits de la défense (Cass., 11 décembre 2001, *Juristenkrant*, 2002, n° 41, p. 1 (sommaire L. ARNOU) et <http://www.jura.be> (16 décembre 2002); Cass. (ch. vac.), 31 juillet 2001, *J.T.*, 2001, p. 714; Cass., 16 mai 2001, *Larc. Cass.*, 2001, p. 222; Cass., 10 novembre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1481 et Cass., 14 janvier 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 53).

(38) Avant-projet de Code de procédure pénale, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2001-2002, n° 2043/001 et Sén., sess. ord. 2001-2002, n° 2-1288/1.

(39) Le Professeur FRANCHIMONT faisait remarquer que si le projet initial, plutôt que de porter des réformes ponctuelles et urgentes, ambitionnait une réforme globale de la procédure pénale avec une résolution de tous les problèmes touchant à la régularité de la preuve au niveau des juridictions d'instruction, il conviendrait de rendre plus contradictoire la procédure devant ces juridictions (Projet de loi relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 857/17, p. 50). Ce qui était manifestement son souhait.

européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Dès lors, il convient de déterminer si – et, le cas échéant, dans quelles conditions – les juridictions d'instruction et, plus généralement, les acteurs de la phase préparatoire du procès pénal doivent se conformer au droit au procès équitable, tel qu'entendu par la Convention européenne. L'utilité de cette entreprise sera d'autant plus évidente que la même notion et le même article sont à la base de la jurisprudence strasbourgeoise en matière de témoignage anonyme.

Un bref rappel du sens de la notion de procès équitable permettra, dans un premier temps, de prendre conscience de l'étendue des implications procédurales concrètes de l'article 6 de la Convention. Dans un deuxième temps, nous tenterons de déterminer dans quelle mesure, au sein de la jurisprudence belge, le champ d'application de la disposition concerne aussi la phase préparatoire du procès pénal. Enfin, nous tirerons quelques conclusions.

## **Section 1. Les exigences du procès équitable au niveau des juridictions d'instruction**

L'importance de la Convention européenne des droits de l'homme et de l'interprétation qui en est faite par la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas à négliger. Ces dispositions conventionnelles ont un effet direct dans l'ordre interne et priment de la sorte toute disposition nationale moins favorable<sup>40</sup>. A cet égard, rappelons que le législateur belge, au moment où il entreprenait de réviser le Code d'instruction criminelle, entendait conformer celui-ci aux dispositions de la Convention<sup>41</sup>. La notion de procès équitable, consacrée par l'article 6 de la Convention, est une des dispositions qui s'applique à travers les règles

(40) Voy. not. Cass., 15 février 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 418, *Arr. Cass.*, 2000, p. 424 et *Bull.*, 2000, p. 418 et C.E. (10<sup>e</sup> ch.), 25 janvier 1993, COOREMAN, n° 41.716, *R.A.C.E.*, 1993, I.

(41) Selon l'article 56, § 1<sup>er</sup>, al. 5, du Code d'instruction criminelle, il appartient au juge d'instruction de décider l'utilisation de la contrainte ou de prendre des mesures qui portent atteinte «aux droits et aux libertés individuelles». Les travaux préparatoires révèlent de manière explicite que cette référence traduit une intention du législateur de se conformer au droit de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Projet de loi relative à l'amélioration de la procédure pénale au stade de l'information et de l'instruction, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1996-1997, n° 857/17, p. 108. Voy. H.-D. BOSLY et I. WATTIER, *o.c.*, p. 133).

de procédure nationale, voire même contre elles lorsque celles-ci ne suffisent pas à protéger le justiciable.

Que signifie concrètement la notion de procès équitable? La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a développé et interprété les garanties dont l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales est l'expression. Ainsi, l'exigence de procès équitable est souvent entendue au sens large, mais contient aussi plusieurs garanties plus spécifiques<sup>42</sup> dont le respect est observé par les juridictions des Etats membres du Conseil de l'Europe<sup>43</sup>. Parmi ces garanties, dont l'ensemble compose la notion de procès équitable, figure le principe du contradictoire. De l'article 6.1 de la Convention qui le consacre découle le droit pour chacun de se voir offrir au cours de la procédure une véritable occasion de commenter et critiquer les éléments de preuve recueillis par la partie poursuivante.

Corollaire de ce principe du contradictoire, le droit que reconnaît le point d) du troisième paragraphe de l'article 6 de la Convention d'«*interroger ou faire interroger les témoins à charge et à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge*». C'est notamment dans l'hypothèse de l'audition d'un témoignage anonyme que le respect de cette disposition entraînera les difficultés les plus grandes.

## Section 2. L'extension problématique de l'article 6 à la phase préparatoire

La Cour européenne des droits de l'homme estime que les juridictions d'instruction peuvent aussi vérifier, au regard de l'ensemble de la procédure, le caractère équitable du procès pénal<sup>44</sup>. En Belgique, par contre,

(42) F. KUTY, «Le droit à un procès équitable au sens de la jurisprudence strasbourgeoise en 2001», *J.L.M.B.*, 2002, pp. 576-578; «... en 2000», *J.L.M.B.*, 2001, pp. 672-673; «... en 1999», *J.L.M.B.*, 2000, pp. 841-843; «... en 1998», *J.L.M.B.*, 1999, pp. 577-579 et «... en 1996», *J.L.M.B.*, 1998, pp. 137-139.

(43) Voy. S. BERBUTO et A. JACOBS, «Influence de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme sur la procédure pénale belge», *Rev. dr. intern. comp.*, 2000, pp. 56-92 et F. KUTY, «L'incidence du droit à un procès pénal équitable sur la jurisprudence de la Cour de cassation», *Journ. proc.*, 1999, n° 382, pp. 18-20; n° 383, pp. 18-23 et *Journ. proc.*, 2000, n° 384, pp. 25-28; n° 387, pp. 25-28; n° 399, pp. 26-29; n° 400, pp. 20-22 et n° 401, p. 27 et pp. 30-31.

(44) Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt MOREL, 12 février 2004, §§ 68-69; Cour eur. D.H., arrêt RACHDAD, 13 novembre 2003, § 23; Cour eur. D.H., arrêt CROXI, 5 décembre 2002; Cour eur. D.H., arrêt STRATÉGIE ET COMMUNICATIONS et DUMOULIN, 15 juillet 2002, §§ 37-41 et *J.L.M.B.*, 2002, p. 1406; Cour eur. D.H., arrêt IMBROSCIA du 23 novembre 1993, spéc. §§ 36-38 et Cour eur. D.H., arrêt MURRAY du 8 février 1996, spéc. § 62 et *J.L.M.B.*, 1997, p. 452 et spéc. p. 463, § 62, obs. A. SADZOT et M. NÈVE.

l'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la phase préparatoire du procès pénal fait l'objet d'une jurisprudence ambivalente, dont on sent parfois le malaise face aux impératifs divergents auxquels elle est confrontée. De l'ensemble des décisions analysées transparaît le conflit de valeurs aux fondements mêmes de la structure actuelle de la phase préparatoire du procès pénal : la difficile synthèse des nécessités de l'enquête judiciaire et du respect des droits de la défense.

Amenées à trancher cette question, la plupart des juridictions belges concluront sans trop d'état d'âme que ni l'information<sup>45</sup>, ni l'instruction ne doivent se conformer à la notion de procès équitable, telle qu'entendue par la jurisprudence de Strasbourg. Si quelques décisions se contentent du seul motif, un peu sec, que le champ d'application de la notion de procès équitable, telle qu'entendue par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, ne concerne pas les juridictions d'instruction et se limite aux juridictions de fond<sup>46</sup>, la plupart assoient de manière récurrente cette restriction sur des critères inspirés par la Convention elle-même. Ainsi, la Cour de cassation rappelle à de nombreuses reprises que la conformité à l'article 6 de la Convention et à la notion de «procès équitable» véhiculée par celle-ci ne concerne que les juridictions appelées à statuer sur «*le bien-fondé d'une accusation – ou d'une prévention – en matière pénale ou sur des contestations relatives à des droits et obligations de caractère civil*»<sup>47</sup>. Il convient toutefois de préciser que ces notions sont

(45) Gent, 3 juin 2002, *NJW*, 2002, p. 321 et Cass., 30 octobre 2001, *T. Strafr.*, 2002, p. 198.

(46) Cass., 26 mars 2003, *J.T.*, 2003 (abrégé), p. 482; Cass., 18 avril 2001, *Larc. Cass.*, 2001, p. 206; Cass., 19 décembre 2000, *Juristenkrant*, 2001, n° 22, p. 1; Cass., 5 septembre 2000, *Bull.*, 2000, I, p. 1275 et *R. Cass.*, 2000-01, p. 1278, note R. DECLERCQ; Cass., 20 juillet 1990, *Bull.*, 1990, p. 1256; Cass., 21 janvier 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 590 et Cass., 27 avril 1976, *Pas.*, 1976, I, p. 932. Dans certains de ses arrêts relatifs à des décisions en matière de détention préventive, la Cour ne se réfère à aucun critère pour écarter l'application de l'article 6 de la Convention. De la sorte, elle laisse planer le doute sur une éventuelle relevance de cette disposition quand les juridictions d'instruction sont amenées à prendre une décision dans un autre domaine que cette matière particulière. Voy., à ce propos, Cass., 16 février 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 440, *Arr. Cass.*, 2000, p. 437 et *Bull.*, 2000, p. 440 et Cass. (ch. vac.), 22 juillet 1975, *Pas.*, 1975, I, p. 1071. La même réflexion peut être faite à propos d'une décision d'une juridiction d'instruction statuant sur l'*exequatur* d'un mandat d'arrêt délivré par l'autorité étrangère : Cass., 8 mai 2001, *Larc. Cass.*, 2001, p. 167.

(47) Cass., 29 mai 2002; Cass., 21 juin 2000, *Arr. Cass.*, 2000, p. 1165, *Bull.*, 2000, I, p. 1145 et *J.T.*, p. 788 (abrégé); Cass., 13 juin 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 1073, *Bull.*, 2000, I, p. 1073, *Larc. Cass.*, 2000, p. 234 et *T. Vreemd.*, 2001, p. 47 (abrégé), note; Cass., 5 avril 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 706 et *Rev. dr. pén.*, 2000, p. 959, note J.C.; Cass., 6 octobre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1278 et *Larc. Cass.*, 1999, p. 251; Cass., 1<sup>er</sup> avril 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 424; Cass., 5 mai 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 435, *Arr. Cass.*, n° 221, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1052 et *Rev. dr. pén.*, 1993, p. 868, note R. DECLERCQ et C.E. (10<sup>e</sup> ch.), 25 janvier 1993, COOREMAN, n° 41.716, *R.A.C.E.*, 1993, I.

utilisées par la Cour européenne des droits de l'homme de manière générale et autonome, c'est-à-dire indépendante des acceptions données en droit interne aux mêmes mots. Or, l'acception belge des termes accusation et prévention en matière pénale est beaucoup plus restreinte, puisqu'elle renvoie uniquement aux infractions dont la personne poursuivie doit répondre devant la juridiction de fond. Peut-être est-ce pour cette raison que les termes usuels de « bien-fondé d'une accusation ou d'une prévention » ne sont pas les seuls empruntés par la Cour de cassation ? Il est par exemple arrivé à la Cour de leur substituer « bien-fondé de poursuites pénales »<sup>48</sup>. Sans se prononcer sur l'origine de ces formulations alternatives, force sera de constater que leur utilisation ouvre parfois la porte à une application élargie de l'article 6 de la Convention par les juridictions belges<sup>49</sup>.

De manière plus fondamentale, toutefois, des nuances apparaissent dans les motivations des décisions, nuances qui laissent la place à un certain contrôle de conformité de la phase préparatoire aux exigences du procès équitable, pour autant que ce contrôle ne se focalise pas sur un moment de la procédure, mais tienne compte de l'ensemble de celle-ci<sup>50</sup>. L'approche est globale et le contrôle de la phase préparatoire est en fait une appréciation de son influence et de ses conséquences sur le reste du procès pénal. Elle est d'ailleurs conforme à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>51</sup>. La question que la Cour strasbourgeoise se pose est identique : le procès, dans son ensemble, y compris la

(48) Cass., 7 mars 2000, *Bull.*, 2000, p. 520 et Cass. (ch. vac.), 31 août 1999, *T.G.R.*, 1999, p. 208, note F. MERTENS. Dans le même sens, les conditions d'application posées par la Cour pour une application de la notion de procès équitable en matière fiscale : Cass., 14 janvier 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 53 et Cass., 21 novembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 1247.

(49) Voir *infra* : 2. B. 3) a) Application autonome de l'article 6 de la Convention aux actes d'instruction.

(50) Cass., 16 mai 2001, *Pas.*, 2001, p. 881, spéc. p. 887 ; Cass., 4 avril 2001, *Rev. dr. pén.*, 2001, p. 1005, *Larc. Cass.*, 2001, p. 205 et *T. Strafr.*, 2002, p. 89 ; Cass., 14 décembre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1684, *J.T.*, 2000, p. 775 et *Larc. Cass.*, 2000, p. 84 ; Cass., 12 janvier 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 25 ; Cass., 24 novembre 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 1150, *Dr. circ.*, 1999, p. 209 et *J.L.M.B.*, 1999, p. 1193 ; Cass., 29 septembre 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 986 ; Cass., 1<sup>er</sup> octobre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 926 et Cass., 6 mai 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 452 et *J.L.M.B.*, 2000, p. 31, obs. O. KLEES (arrêt TRANSNUCLEAR).

(51) Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt MOREL, 12 février 2004, §§ 68-69 ; Cour eur. D.H., arrêt RACHDAD, 13 novembre 2003, § 23 ; Cour eur. D.H., arrêt CROXI, 5 décembre 2002 : Cour eur. D.H., arrêt STRATÉGIE ET COMMUNICATIONS et DUMOULIN, 15 juillet 2002, §§ 37-41 et *J.L.M.B.*, 2002, p. 1406 ; Cour eur. D.H., arrêt MURRAY du 8 février 1996, spéc. § 62 et *J.L.M.B.*, 1997, p. 452 et spéc. p. 463, § 62, obs. A. SADZOT et M. NÈVE et Cour eur. D.H., arrêt IMBROSCIA du 23 novembre 1993, spéc. §§ 36-38.

manière dont les preuves ont été recueillies, est-il équitable<sup>52</sup>? Pour y répondre, elle examinera notamment si les droits de la défense ont été respectés et, en particulier, si la personne poursuivie a reçu la possibilité de vérifier l'authenticité de la preuve et de la contredire, ainsi que l'opportunité d'entendre les témoins pertinents<sup>53</sup>. Par conséquent, certains actes posés lors de l'instruction, qui ne peuvent être considérés isolément comme autant de violations des droits de la défense et du droit à un procès équitable, sont néanmoins susceptibles de corrompre l'ensemble de la procédure à venir<sup>54</sup>. Il serait alors inutile de poursuivre une telle procédure devant les juges du fond qui la sanctionneraient en toutes hypothèses.

L'hypothèse la plus fréquente d'une corruption de ce type est celle de la présence de preuves illégales ou irrégulières, telle que cette atteinte au droit de la défense et au droit au procès équitable ne puisse être réparée lors de la procédure à venir. Les juridictions d'instruction ne pourront relever une telle atteinte que si elles constatent un lien de causalité entre les moyens de preuves illégaux et l'ouverture des poursuites ou leurs développement et résultat ultérieurs<sup>55</sup>. Cette constatation est factuelle et, par conséquent, souveraine quand elle est effectuée par la chambre des mises en accusation<sup>56</sup>. Autrement dit, il y a violation de l'article 6 quand des preuves illégales ou irrégulières sont à l'origine des autres actes d'instruction ou se confondent avec ceux-ci. On sait que les preuves illégales sont les preuves obtenues en violation d'une disposition légale et que la violation d'un principe général de droit est constitutive d'une irrégularité<sup>57</sup>. Vu que la

(52) Voy., à ce propos, F. KUTY, «Le droit à un procès équitable au sens de la juridiction strasbourgeoise en 2001», *J.L.M.B.*, 2002, spéc. p. 577; «... en 2000», *J.L.M.B.*, 2001, spéc. p. 672; «... en 1999», *J.L.M.B.*, 2000, spéc. pp. 843-844; «... en 1997», *J.L.M.B.*, 1998, spéc. p. 976 et «... en 1996», *J.L.M.B.*, 1997, spéc. pp. 138-139.

(53) Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt ALLAN du 5 novembre 2002, *NJW*, 2002, p. 420.

(54) Cass., 2 octobre 2002, *Rev. dr. pén.*, 2003, p. 125; Cass., 18 avril 2001; Cass., 14 décembre 1999, *Pas.*, I, p. 1684, *J.T.*, 2000, p. 775 et *Larc. Cass.*, 2000, p. 84; Cass., 6 octobre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1278 et *Larc. Cass.*, 1999, p. 251; Cass., 29 septembre 1999, *Pas.*, 1999, I, n° 494, p. 1239. Voy. aussi Cass., 9 décembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 1382 et spéc. p. 1402; Cass., 4 janvier 1994, *R.W.*, 1994-95, p. 185, concl. Av. gén. DU JARDIN et Cass., 6 mai 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 444 et spéc. pp. 464-465.

(55) Cass., 2 octobre 2002, *Rev. dr. pén.*, 2003, p. 125; Cass., 18 avril 2001; Cass., 14 décembre 1999, *Pas.*, I, p. 1684, *J.T.*, 2000, p. 775 et *Larc. Cass.*, 2000, p. 84; Cass., 6 octobre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1278 et *Larc. Cass.*, 1999, p. 251; Cass., 29 septembre 1999, *Pas.*, 1999, I, n° 494, p. 1239. Voy. aussi Cass., 9 décembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 1382 et spéc. p. 1402; Cass., 4 janvier 1994, *R.W.*, 1994-95, p. 185, concl. Av. gén. DU JARDIN et Cass., 6 mai 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 444 et spéc. pp. 464-465.

(56) *Ibid.* note précédente.

(57) Cass., 13 mai 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 1107, concl. Av. gén. J. DU JARDIN; Cass., 4 janvier 1994, *R.W.*, 1994-95, p. 185, concl. Av. gén. J. DU JARDIN et note F. D'HONT et Cass., 13 janvier 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 28, concl. Av. gén. X. DE RIEMAECKER et *R.D.J.P.*, 1999, p. 323.

Cour ne rechigne pas à vérifier la conformité à l'article 6 d'une procédure mue à partir d'une preuve illégale ou poursuivie grâce à elle, elle pourrait tout aussi bien conclure à l'illégalité de l'*obtention* d'une preuve au seul regard de l'exigence de procès équitable consacré par ce même article, indépendamment de la violation d'une disposition légale interne, si toutefois l'existence du lien de causalité jugé nécessaire est évidente. Plus encore, si la Cour estime qu'il appartient aux juridictions d'instruction de sanctionner une procédure violant l'article 6 de la Convention parce que celle-ci repose sur une obtention illégale d'un moyen de preuve, rien ne les empêche d'évaluer, au regard du même critère, une procédure qui repose sur une *administration* d'un moyen de preuve méconnaissant les implications de la disposition européenne, pour autant que la violation de celle-ci soit déduite des conséquences irrémédiables de cette administration litigieuse.

### Section 3. Conclusions: l'article 6, une garantie complémentaire

L'exigence du procès équitable véhiculée par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales offre au justiciable une garantie complémentaire contre l'iniquité de certaines dispositions ou situations de droit interne.

En effet, bien que le caractère encore inquisitoire de la phase préparatoire du procès empêche que ne soit sanctionné un acte d'instruction unilatéral ou la collecte – voire l'administration – illégale d'un élément de preuve, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de cassation estiment néanmoins que, dès ce moment, au vu de l'ensemble de la procédure, il est concevable qu'un procès équitable soit devenu impossible. Quand cette constatation est faite, les juridictions doivent alors appliquer l'article 6 de la Convention, écarter l'acte litigieux et conclure, le cas échéant, à l'irrecevabilité des poursuites.

Ainsi, le justiciable pourra toujours se prévaloir de l'article 6 devant les juridictions d'instruction lorsqu'à ce moment déjà, le caractère équitable du procès est mis en danger. La réception des témoignages anonymes est sans doute l'hypothèse dans laquelle cette mise en danger est la plus palpable. Dès lors que les garanties développées à leur égard par la Cour européenne des droits de l'homme et, à sa suite, par la Cour de cassation découlent directement des articles 6.1 et 6.3.d) de la Convention, faut-il et dans quelle mesure faire application devant les juridictions d'instruction de cette jurisprudence européenne relative aux témoignages anonymes?



### Chapitre III. Un cas particulier : la problématique des témoignages anonymes

#### Section introductive

Tout élément de preuve doit pouvoir être discuté lors du procès pénal. Les témoignages n'échappent pas à cette règle. Il s'agit d'un corollaire du respect du caractère équitable du procès, consacré par l'article 6.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. L'article 6.3.d) de la même Convention exprime d'ailleurs de manière explicite le droit de tout accusé à « *interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge* ». Certains témoins d'importance, cependant, par crainte pour leur intégrité physique ou celle de leur proche, n'acceptent de témoigner que sous couvert d'anonymat. Or, pour la défense, contester la crédibilité d'un témoignage et la fiabilité de son auteur devient impossible quand ce dernier reste anonyme. Par ailleurs, le juge lui-même, qui aura à se prononcer sur la culpabilité du prévenu ou de l'accusé, peut-il vraiment se forger une intime conviction au-delà de tout doute raisonnable, alors qu'il ignore l'identité du témoin ? La Cour européenne des droits de l'homme, tout en affirmant le principe de la nécessité d'une audition des témoins à l'audience publique devant l'accusé ou le prévenu, reconnaît que des exceptions peuvent y être apportées<sup>58</sup>. Ainsi, afin que l'exigence de procès équitable et, en particulier, l'article 6.3.d) soient malgré tout respectés, la jurisprudence européenne a petit à petit élaboré les conditions auxquelles un témoignage anonyme peut être reçu et administré, ainsi que la valeur probante qu'il convient de lui accorder.

Nous avons vu, dans le chapitre précédent, que la jurisprudence belge, à la suite de la Cour européenne des droits de l'homme, reconnaît aux juridictions d'instruction la faculté de conclure à l'irrecevabilité des poursuites quand des actes commis durant l'instruction mettent à mal le caractère équitable de l'ensemble du procès. Puisque les balises européennes à l'utilisation des témoignages anonymes trouvent leur fondement dans

(58) Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt KOSTOVSKI du 20 novembre 1989, § 41 et *Rev. trim. D.H.*, 1990, p. 269, § 41 ; Cour eur. D.H., arrêt WINDISCH du 27 septembre 1990, § 26 ; Cour eur. D.H., arrêt LÜDI du 15 juin 1992, § 47 et *Rev. trim. D.H.*, 1993, p. 312, § 47 ; Cour eur. D.H., arrêt DOORSON du 26 mars 1996, § 69 et *Rev. trim. D.H.*, 1997, p. 1222 ; Cour eur. D.H., arrêt VAN MECHELEN du 23 avril 1997, § 52 et *Rev. trim. D.H.*, 1997, p. 1227 ; Cour eur. D.H., décision sur la recevabilité KOK du 4 juillet 2001, *Rec.*, 2000-VI, p. 629 ; Cour eur. D.H., arrêt VISSER du 14 février 2002, §§ 47-51 et Cour eur. D.H., arrêt BIRUTIS et consorts du 28 mars 2002, p. 6, § 29.

l'article 6 de la Convention, les juridictions d'instruction devraient aussi pouvoir apprécier la conformité d'un témoignage anonyme aux conditions posées par la jurisprudence européenne. Ce sont les conditions d'un tel contrôle précoce de ce moyen de preuve particulier que nous tenterons de dégager dans la *Section 1* de ce chapitre. Pour ce faire, nous parcourrons la jurisprudence européenne en la matière, afin d'en cerner les exigences. Il nous reviendra ensuite de déterminer dans quelle mesure chacune de ces exigences est violée de manière irrémédiable, de telle sorte qu'elle mette à mal, dès la phase préparatoire, le caractère équitable de l'ensemble du procès. Ce faisant, nous vérifierons aussi si les nouvelles dispositions belges applicables au témoignage reçu lors de l'instruction préparatoire par le juge d'instruction sont conformes aux exigences européennes. Dans un esprit de complétude, nous nous référerons également à la jurisprudence belge qui a précédé l'adoption de la loi relative à l'anonymat des témoins.

Dans une *Section 2*, nous concluons par une analyse du champ d'application de la loi du 8 avril 2002, qui ne couvre peut-être pas tous les moments de la procédure préparatoire. Si cette absence de prise en compte par la nouvelle loi de l'entièreté de la phase préliminaire du procès pénal se confirme, l'utilité de la démarche menée dans la première section sera encore plus évidente. La jurisprudence européenne s'appliquera, en effet, de manière résiduaire, dans les creux laissés par la récente législation belge.

## Section 1. L'appréciation des témoignages anonymes par les juridictions d'instruction dans les jurisprudences belges et européennes

Depuis une quinzaine d'années, la Cour européenne des droits de l'homme a dû se prononcer sur l'utilisation de témoignages anonymes à l'appui de procédures pénales. Elle la subordonne à trois conditions cumulatives qui ont trait à l'octroi de l'anonymat, à l'administration des témoignages anonymes comme moyen de preuve et à la valeur probante qui leur est prêtée<sup>59</sup>. Pour écarter les témoignages faits sous couvert

(59) Ce caractère cumulatif des conditions posées par la jurisprudence est explicite dans l'arrêt DOORSON: «*Enfin, il échet de rappeler que, même là où des procédures faisant contrepoids sont jugées compenser de manière suffisante les obstacles auxquels se heurte la défense, une condamnation ne peut se fonder uniquement, ni dans une mesure déterminante, sur des déclarations anonymes*» (Cour eur. D.H., arrêt DOORSON du 26 mars 1996, précité, § 76. C'est nous qui soulignons). Voy. aussi l'arrêt BIRUTIS et autres: «*In addition, no conviction should be based either solely or to a decisive extent on anonymous statements (...)*» (Cour eur. D.H., arrêt BIRUTIS et consorts du 28 mars 2002, précité, p. 6, § 29. C'est nous qui soulignons).

d'anonymat, les juridictions d'instruction devront donc constater qu'au moins une de ces conditions a été violée de manière définitive, sans espoir de réparation, même devant les juridictions de fond.

### 1) Les conditions d'octroi de l'anonymat à un témoin

Ces conditions d'octroi, que l'on pourrait aussi qualifier d'ouverture à la faculté de recueillir un témoignage sous couvert d'anonymat, peuvent être rassemblées sous deux notions, parfois galvaudées, mais dont la portée peut ici être précisée: les conditions de proportionnalité et de subsidiarité.

Comme conditions d'ouverture, les exigences de proportionnalité et de subsidiarité doivent être appréciées au moment de la réception du témoignage anonyme. Dès lors, leur respect s'apprécie de la même façon par les juridictions de fond que par les juridictions d'instruction. Les mêmes critères et les mêmes facteurs sont utilisés.

#### a) Conditions de proportionnalité

Le recours à l'anonymat d'un témoin, procédé par essence dérogatoire au droit commun, qui, de par son caractère secret et de par le manque de contradiction dont il peut faire l'objet, porte atteinte aux droits de la défense, ne peut se concevoir que si le jeu en vaut la chandelle.

#### – L'existence de valeurs indérogeables

La lutte contre la criminalité organisée ou d'autres fléaux d'importance peut sans aucun doute justifier certaines atteintes aux droits de la défense – pour autant que celles-ci soient compensées à un autre moment de la procédure<sup>60</sup>. Toutefois, une société démocratique ne peut contrer un danger en reniant les valeurs qui la définissent, quel que soit l'impératif d'efficacité invoqué. Dans son arrêt KOSTOVSKI, dans lequel il était question de l'emploi comme preuve des procès-verbaux de deux témoins anonymes, la Cour européenne des droits de l'homme rappelle cette évidence:

*«Dans une société démocratique, le droit à une bonne administration de la justice occupe une place si éminente (arrêt Delcourt du 17 janvier 1970, § 25) qu'on ne saurait le sacrifier à l'opportunité»<sup>61</sup>.*

(60) Voy. *infra*: 3. B. 2) b) Les conditions d'administration: la compensation de l'atteinte à la contradiction.

(61) Cour eur. D.H., arrêt KOSTOVSKI du 20 novembre 1989, précité, § 44. Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt WINDISCH du 27 septembre 1990, précité, § 30.

Dès lors qu'*a priori*, avant même d'aborder les conditions dans lesquelles il va être administré, l'anonymat du témoignage est de nature à mettre en danger ces droits indérogeables, il ne peut être pris en compte. L'exigence de proportionnalité est à apprécier ici au moment où le fonctionnaire de police, sous l'autorité du ministère public, ou le juge d'instruction, est confronté au témoignage. Elle est donc utilisée comme condition d'ouverture à la faculté d'accorder l'anonymat.

– Anonymat total ou anonymat partiel: des atteintes de gravités différentes

Le type d'anonymat auquel on entend recourir doit être pris en compte dans l'exercice de balance de valeurs imposé par la condition de proportionnalité. L'anonymat du témoin peut en effet être total ou partiel. L'anonymat partiel signifie que seules certaines données d'identité ne seront pas communiquées aux parties. Ce faisant, l'atteinte portée aux droits de la défense est bien moindre et l'attitude de la Cour européenne des droits de l'homme plus conciliante<sup>62</sup>. De fait, la condition de proportionnalité entre cet accroc à la procédure normale et la poursuite d'un but suffisamment important est plus facile à établir.

La loi du 8 avril 2002 sur l'anonymat des témoins effectue, elle aussi cette distinction entre anonymat partiel et anonymat complet. L'anonymat partiel, prévu par l'article 75bis du Code d'instruction criminelle, autorise le juge d'instruction à ne pas faire mention, dans son procès-verbal d'audition, de toutes les données d'identité qui devraient en principe y figurer, en vertu de l'article 75 relatif à l'audition des témoins<sup>63</sup>. L'article 86bis organise, lui, l'anonymat complet et entend soumettre celui-

(62) F. VERBRUGGEN, «De anonieme getuige: de invloed van de Europese rechtspraak op de verhouding tussen recht op angst en recht op een eerlijk proces», *Tendances de la jurisprudence en matière pénale. Perspectives uit de recente rechtspraak in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 2000, p. 90.

(63) Sur la loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins, voy. not. M.-A. BEERNAERT et D. VANDERMEERSCH, «La loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins», *Rev. dr. pén.*, 2002, pp. 722 à 730; H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *o.c.*, spéc. pp. 560-566 et pp. 573-581; A. DE NAUW, «De wet op de anonimiteit van getuigen», *R.W.*, 2003, pp. 921-935; C. DE VALKENEEER, *Manuel de l'enquête pénale*, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 87-110; A. MISONNE, *La loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins – Présentation et analyse*, Bruges, La Charte, 2004, à paraître; P. MONVILLE, «Témoignages et lutte contre la criminalité organisée», *Actualités de droit pénal et de procédure pénale*, Liège, C.U.P., 2003, pp. 9-84; M. NÈVE, F. KUTY et S. BERBUTO, «Le témoignage anonyme», *J.T.*, 2003, pp. 277-287; F. SCHUERMANS, «De wet van 8 april 2002 betreffende de anonimiteit van de getuigen: een stap vooruit, achteruit of de processie van Echternach?», *Vigiles*, 2002, n° 3, pp. 75-78; IDEM, «Anonieme getuige. Een eerste commentar op de wet van 8 april 2002 betreffende de anonimiteit van de getuigen», *C.A.B.G.*, 2003, pp. 1-82 et C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, spéc. pp. 846-851.

ci aux conditions dégagées par la Cour européenne des droits de l'homme<sup>64</sup>. *A priori* donc, le dommage causé aux droits de la défense en cas d'anonymat partiel devrait être minime et ne pourrait pas représenter un obstacle majeur au respect de la condition de proportionnalité. Ceci, d'autant plus si l'on sait que le témoin anonyme partiel devra comparaître à l'audience au fond, au contraire du témoin anonyme complet qui n'y est pas obligé.

Toutefois, il serait dangereux de conclure trop vite à l'innocuité de cet anonymat partiel. Il faut, en effet, s'entendre sur la notion. Le danger est d'admettre sous les conditions de l'anonymat partiel, plus favorables, un témoignage fait sous anonymat «quasi complet», c'est-à-dire dont seules quelques informations d'identité anodines sont divulguées. Comme l'article 75*bis* du Code d'instruction criminelle dit seulement que le juge pourra omettre certaines données d'identité prévues par l'article 75, il suffirait qu'il en garde une seule pour que la loi le qualifie de témoignage reçu sous anonymat partiel. Si cette donnée est, par exemple, l'état civil du témoin, il est clair que le tort causé à la défense est identique à celui d'un anonymat complet, mais sans les mêmes garanties<sup>65</sup>. Selon le Ministre de la Justice, il conviendrait toutefois dans ce cas, comme en cas de simple mention de la profession, de qualifier l'anonymat de complet<sup>66</sup>. Cependant, sans même aller si loin, l'omission du nom et du prénom du témoin ou encore de l'existence d'un lien de parenté ou d'alliance pourrait déjà compromettre le caractère équitable du procès<sup>67</sup>. Au-delà des conditions d'admission du témoignage anonyme complet, plus strictes que pour l'anonymat partiel, on signalera que le témoignage anonyme complet ne peut être requis par mini-instruction, au contraire du témoignage anonyme partiel<sup>68</sup>.

(64) Signalons toutefois que le législateur entendait par cette loi choisir une voie médiane entre deux impératifs qu'il jugeait contradictoires (!): la lutte contre la criminalité organisée et le respect des exigences en matière de témoignage anonyme, posées par la Cour européenne des droits de l'homme (Projet de loi relatif aux témoins anonymes, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2000-2001, n° 1185/001, pp. 7-8). Or, dans sa jurisprudence, la Cour tient déjà compte de cette nécessité du combat contre les organisations criminelles, puisque c'est justement une des raisons qui peuvent ouvrir le droit au recours à l'anonymat des témoins (*cf.* condition de proportionnalité).

(65) F. SCHUERMANS, *o.c.*, p. 75 et p. 83.

(66) Projet de loi relatif aux témoins anonymes, Rapport fait au nom de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 2000-2001, n° 2-876/6, p. 20.

(67) Voy. M.-A. BEERNAERT et D. VANDERMEERSCH, *o.c.*, pp. 723-724 et M. NÈVE, F. KUTY et S. BERBUTO, «Le témoignage anonyme», *J.T.*, 2003, p. 281.

(68) Art. 28*septies*, al. 1<sup>er</sup> C.i.cr.

- Le champ d’application : seulement à l’égard d’infractions d’une certaine gravité

L’anonymat des témoins ne peut s’envisager que pour la lutte contre des infractions d’une gravité particulière. Ainsi, sauf pour l’arrêt WINDISCH<sup>69</sup> qui ne concernait qu’un simple vol avec effraction commis par deux personnes, c’est à chaque fois dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée en général ou dans le cadre de vols à mains armées<sup>70</sup>, de trafics de stupéfiants<sup>71</sup>, d’une fusillade dans une prison<sup>72</sup> ou d’un kidnapping avec violence<sup>73</sup>, en particulier, que la Cour européenne des droits de l’homme légitime le recours aux témoignages anonymes.

Les juridictions belges, avant la loi du 8 avril 2002, à l’instar de la juridiction strasbourgeoise, n’admettent en général le recueil d’un témoignage anonyme que pour des comportements infractionnels hautement attentatoires aux intérêts de la société, tels que la criminalité organisée, en général<sup>74</sup>, le grand banditisme<sup>75</sup> et le trafic de drogue en particulier<sup>76</sup>. Il en allait de même de certaines infractions, en soi de gravité relative, mais inquiétantes dans la mesure où elles augurent de faits de plus grande gravité, tel le cambriolage d’une armurerie<sup>77</sup>. Enfin, le témoignage anonyme ne pouvait être utilisé par l’administration fiscale dans une procédure susceptible d’aboutir à une condamnation pour fraude fiscale que

(69) Cour eur. D.H., arrêt WINDISCH du 27 septembre 1990, précité.

(70) Cour eur. D.H., arrêt KOSTOVSKI du 20 novembre 1989, précité et Cour eur. D.H., arrêt VAN MECHELEN du 23 avril 1997, précité.

(71) Cour eur. D.H., arrêt LÜDI du 15 juin 1992 précité; Cour eur. D.H., arrêt DOORSON du 26 mars 1996, précité et Cour eur. D.H., décision sur la recevabilité KOK du 4 juillet 2001, précité.

(72) Cour eur. D.H., arrêt BIRUTIS et autres du 28 mars 2002 précité, spéc. p. 6, § 30.

(73) Cour eur. D.H., arrêt VISSER du 14 février 2002, précité.

(74) Cass., 27 avril 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 580, *Rev. dr. pén.*, 2000, p. 359, *R. Cass.*, 2000, p. 121, note P. TRAEST, *Dr. circ.*, 1999, p. 310, *T. Strafr.*, 2001, p. 118, note F. VERBRUGGEN et *Vigiles*, 1999, n° 5, p. 27, note C. DE VALKENEEER; Cass., 1<sup>er</sup> avril 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 430, *Arr. Cass.*, 1997, p. 414 et *Bull.*, 1997, p. 430; Cass., 23 janvier 1997, *Journ. proc.*, 18 avril 1997, note J.-F. DERMAGNE.

(75) Cass., 28 juin 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 1196 et Cass., 7 janvier 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 565 et *Bull.*, 1986, p. 565.

(76) Cass., 4 avril 2001, *Rev. dr. pén.*, 2001, p. 1005, *Larc. Cass.*, 2001, p. 205 et *T. Strafr.*, 2002, p. 89; Antwerpen, 16 janvier 2002, *Vigiles*, 2002, n° 2, p. 56 (abrégé), note F. VERSPEELT; Antwerpen, 15 janvier 1998, *Vigiles*, 1998, n° 3, p. 36, note D. LYBAERT; Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 29 mai 1997, *J.T.*, 1997, p. 571; Mons (4<sup>e</sup> ch.), 16 septembre 1993, *Rev. dr. pén.*, 1993, p. 284, note M.-A. BEERNAERT; Corr. Antwerpen, 12 mai 1998, *Vigiles*, 1999, n° 4, p. 21, note F. VERSPEELT; Corr. Antwerpen, 23 juin 1998, *Vigiles*, 1999, n° 4, p. 322, note F. VERSPEELT.

(77) Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 2 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1006, concl. Av. gén. JANSSENS DE BISTHOVEN, *Arr. Cass.*, 1989-90, p. 1132, *Rev. dr. pén.*, 1990, p. 974, note J.S. et *J.T.*, 1990, p. 469, note J.M.

pour autant que les intérêts de la société soient fortement atteints. En soi, la fraude fiscale n'est pas plus répréhensible que le vol, si ce n'est qu'elle s'effectue aux dépens de l'ensemble des citoyens. Cette dernière différence, bien qu'elle ne suffisait pas à justifier à elle seule le recours à l'anonymat, ouvrait toutefois le droit de prendre en considération l'importance de la fraude réalisée pour conclure éventuellement au caractère proportionné du recours à une dénonciation ou un témoignage anonyme. Des critères tels que le degré d'organisation de la fraude et l'ampleur de celle-ci pouvaient être utilisés à cette fin<sup>78</sup>. Enfin, il va de soi que la condition de proportionnalité était rencontrée si la fraude fiscale est le fait d'une organisation criminelle (il en est d'ailleurs de même de toute autre infraction commise par une telle organisation).

La règle de la proportionnalité semble donc assez bien suivie par la jurisprudence nationale précédant l'adoption de la loi sur l'anonymat des témoins. Quand la juridiction connaissait d'un fait de peu de gravité, le témoignage anonyme n'avait qu'une incidence marginale, voire pas d'incidence du tout sur l'action publique<sup>79</sup>.

Les simples dénonciations anonymes, écrites ou orales, semblent faire l'objet d'une même prudence. Les tribunaux de police sont parfois amenés à se prononcer sur des infractions qui ont fait l'objet de telles déclarations ou dénonciations écrites anonymes<sup>80</sup>. Alors, s'ils ne déclarent pas formellement les déclarations anonymes irrecevables en tant que témoignages pour des faits d'aussi faible gravité que des accidents de la circulation, par exemple, celles-ci n'interviennent nullement dans le jugement. C'est heureux car, à notre sens, la condition de proportionnalité n'est rencontrée que lorsque le témoignage anonyme intervient dans le cadre de la lutte contre la criminalité organisée et de faits de grande violence ou propres à mettre en péril immédiat les intérêts de la société (par exemple, en cas de menace pour la santé publique).

(78) Anvers (10<sup>e</sup> ch.), 2 juin 1992, *F.J.F.*, 1996, p. 40.

(79) Liège (8<sup>e</sup> ch.), 19 février 2001, *R.G.A.R.*, 2002, n° 5, n° 13 548. La Cour d'appel de Liège n'a pas considéré comme disproportionné le recours à un témoignage anonyme pour reconstituer une bagarre au cours de laquelle un des protagonistes fut gravement blessé. Toutefois, en l'espèce, le ministère public avait classé l'affaire sans suite et le témoignage ne servait plus qu'en matière civile.

(80) Pol. Hasselt, 5 juin 1992, *Limb. Rechtsl.*, 1992, p. 351, note M. SCHOTSMANS et J.J.P., 1994, p. 187, note F. SCHIJNS et Pol. Vilvorde, 9 avril 1990, *Dr. circ.*, 1991, p. 12.

Toutefois, un jugement, rendu à Turnhout<sup>81</sup>, semble indiquer qu'il arrive malgré tout aux tribunaux de police de prendre en considération des témoignages anonymes (dès lors, vu les compétences *ratione materiae* de cette juridiction, pour des faits d'une gravité qui ne peut justifier l'utilisation de ce moyen de preuve). Recueilli pour réprimer une infraction de faible gravité, telle la dégradation de véhicules, le témoignage anonyme peut servir de déclencheur à l'information judiciaire, mais ne peut par contre jamais être pris en compte pour l'appréciation de la culpabilité de la personne<sup>82</sup>.

Les tribunaux de police ne sont pas les seuls susceptibles d'autoriser l'emploi comme moyen de preuve de témoignages anonymes pour des infraction de trop faible gravité. Dans un arrêt du 12 mai 1998<sup>83</sup>, la Cour de cassation casse un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles parce que celui-ci avait accordé un poids déterminant à un témoignage anonyme<sup>84</sup>. Avant même de contrôler si la force probante accordée par la cour d'appel aux informations données par un témoin demeuré anonyme était trop importante, elle aurait dû conclure à l'irrecevabilité de ce mode de preuve pour disproportion. En effet, le demandeur n'encourrait pour les faits mis à charge qu'une peine de prison de trois mois et une amende de cent francs belges. Des infractions d'aussi faible gravité ne pouvaient – et ne peuvent toujours pas, au regard de la jurisprudence de la Cour et des motifs de la nouvelle loi – justifier l'atteinte aux droits de la défense engendrée par l'utilisation d'un témoignage anonyme.

La loi du 8 avril 2002 ne définit aucun champ d'application pour l'anonymat partiel. L'article 75bis du Code d'instruction criminelle est muet à cet égard. Des travaux préparatoires, on peut déduire que celui-ci sera destiné à lutter contre tous les comportements criminels. Sans préciser

(81) Pol. Turnhout, 15 février 1999, *R.W.*, 2000-01, p. 1139, note A. VANDEPLAS. Ce jugement condamne un homme pour avoir griffé plusieurs véhicules en état d'ébriété. C'est une passante demeurée anonyme qui avait averti la police. Appréhendé sur les lieux, l'homme, éméché, avait reconnu les faits. Deux jours plus tard, il réitérera partiellement ses aveux. La déclaration anonyme ne semble pas être l'élément qui a entraîné les aveux. Le prévenu n'aurait en effet appris son existence qu'après avoir avoué les faits. Par contre, il ressort de la décision que le témoignage anonyme a servi de preuve. Pas le seul moyen de preuve – et sans doute pas le moyen de preuve déterminant – mais quand même un élément de preuve qui, parmi d'autres, a servi à emporter la décision du juge. Dès lors, il aurait fallu que le témoignage respecte la condition de proportionnalité dégagée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – ce qui n'a pas été le cas.

(82) Voy. *infra*: Section 2. 1) Le témoin anonyme entendu pendant l'information.

(83) Cass., 12 mai 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 556, *Arr. Cass.*, 1998, p. 526, *Bull.*, 1998, p. 556, *R.D.J.P.*, 1999, p. 108, *R.D.J.P.*, 2000, p. 181, note I. ONSA et *Dr. circ.*, 1999, p. 104.

(84) *Ibid.*



le type d'infractions pour lesquelles ce mode de preuve pourrait être employé, les travaux préparatoires indiquent que l'anonymat partiel «*est surtout utile dans le cas de témoins occasionnels inconnus des suspects et de leur entourage, mais qui ont quand même peur des représailles ou de l'intimidation*»<sup>85</sup>.

Le champ d'application de l'anonymat complet, par contre, est défini par l'article 86*bis*, § 2, du Code d'instruction criminelle. Le témoignage anonyme complet ne peut être envisagé que s'il a trait à des faits commis dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 344*bis* du Code pénal ou si des indications précises et sérieuses permettent de croire qu'il concerne des faits constitutifs d'une infraction au sens de l'article 90*ter*, §§ 2 à 4. Dans son deuxième paragraphe, l'article 90*ter* du Code d'instruction criminelle établit la liste des infractions propres à justifier, dans le cadre d'une enquête réactive, une mesure d'écoute, de prise de connaissance et d'enregistrement de communications et de télécommunications privées<sup>86</sup>. En elle-même, cette liste est déjà très large et autorise le recours à l'anonymat (complet) des témoins pour un très (trop) grand nombre de comportements infractionnels. La présence de certaines infractions est tout à fait justifiée: la participation à une organisation criminelle, le proxénétisme, le blanchiment d'argent et la traite des êtres humains ... Le caractère proportionné du recours aux témoins anonymes est par contre beaucoup plus discutable quand il s'agit d'infractions telles que le faux en informatique, les menaces verbales ou écrites et le vol, quand celles-ci ne sont pas liées à une forme de criminalité organisée. Ensuite, la technique législative qui consiste à référer à un autre texte (en l'occurrence, la référence que fait l'article 86*bis* à l'article 90*ter* du Code d'instruction criminelle) pour fixer le champ d'application d'une nouvelle mesure est particulièrement dangereuse puisque, d'une part, le spectre de la première disposition manque de visibilité immédiate. Ce risque accru<sup>87</sup> est encore accentué quand, comme en l'espèce, l'article auquel il est renvoyé renvoie

- (85) Projet de loi relatif aux témoins anonymes, Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2000-2001, n° 1185/001, p. 26. Sans en dire plus sur le champ d'application *ratione materiae*, le Ministre de la Justice estime que l'«*anonymat partiel sera principalement accordé aux policiers, aux employés de banque et aux témoins occasionnels*» (Projet de loi relatif aux témoins anonymes, Rapport de la Commission de la Justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2000-2001, n° 1185/009, p. 15).
- (86) A ce propos, voy. not. H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *o.c.*, pp. 634-659; D. VANDERMEERSCH, «Les modifications en matière de repérage et d'écoute de (télé)-communication introduites par la loi du 10 juin 1998», *Rev. dr. pén.* 1998, pp. 1061-1074 et C. VAN DEN WYNGAERT, *o.c.*, pp. 893-900.
- (87) Voy. M. NIHOUL et C. VISART DE BOCARMÉ, «Le risque accru de légiférer par référence en droit pénal: un exemple récent en matière d'écoutes téléphoniques», *J.T.*, 2002, pp. 318-320.

lui-même à d'autres dispositions. D'autre part, chacune des dispositions peut évoluer dans un sens différent, de sorte que le champ d'application des dispositions pratiquant ce renvoi ne correspond plus à celui que le législateur entendait délimiter. Par le jeu de ces renvois successifs, le champ d'application de l'anonymat partiel s'est même étendu à « *toute atteinte aux respects des lois* », par un détour par la disposition à laquelle renvoyait l'article 90ter, 15°, du Code d'instruction criminelle, jusqu'à un récent arrêt de la Cour d'arbitrage<sup>88</sup>.

Pour qu'il puisse accorder l'anonymat au témoin, le juge d'instruction ne pourra donc pas se satisfaire du constat qu'« *il existe des indications précises et sérieuses que les faits à propos desquels il sera déposé constituent une infraction visée à l'article 90ter, § 2* »<sup>89</sup>. Il devra, en outre, établir que la poursuite d'une infraction au moyen de témoignages anonymes justifie les atteintes aux droits de la défense causées par ce moyen de preuve dérogatoire au droit commun.

#### b) Conditions de subsidiarité

Pour autant que le risque que fait planer l'anonymat de témoins sur le caractère équitable du procès soit proportionné au but poursuivi, il faut encore que ce moyen soit le moins « invasif ». Autrement dit, si d'autres solutions aux problèmes résolus à travers l'anonymat – moins nocives – existent, elles doivent être préférées. Il convient donc d'aborder les principaux problèmes auxquels l'anonymat entend apporter une réponse pour voir si des solutions alternatives existent.

(88) *Ibid.* et C.A., 14 mai 2003, LIGUE DES DROITS DE L'HOMME, n° 69/2003, <http://www.arbitrage.be> (6 novembre 2003). Par cet arrêt, la Cour d'arbitrage annule les articles 151 et 152 de la loi-programme du 30 décembre 2001. L'article 152 de la loi-programme modifiait l'article 114, § 8, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, qui incriminait le comportement de « la personne qui viole des dispositions de l'article 111 ». Cet article 152 de la loi-programme rétablissait l'article 111 dans une rédaction incriminant le fait de « *donner ou tenter de donner des communications portant atteinte au respect des lois, à la sécurité de l'Etat, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ou constituant une offense à l'égard d'un Etat étranger* ». Comme l'article 90ter du Code d'instruction criminelle, qui sert aussi à déterminer le champ d'application de l'anonymat des témoins, comporte un « 15° » qui renvoie à l'article 114, § 8, de la loi du 21 mars 1991, toute atteinte au respect des lois, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs pouvait en théorie donner lieu à l'octroi de l'anonymat. En annulant ces articles 151 et 152 de la loi-programme, la Cour d'arbitrage a ainsi sanctionné une atteinte manifeste au principe de légalité des incriminations. Voy., à ce propos, M. NIHOUL, « A propos de la précision requise pour définir une infraction en vertu du principe de légalité ou de prévisibilité du droit pénal », *J.T.*, 2004, pp. 2-6.

(89) Article 86bis, § 2, du Code d'instruction criminelle.

## b.1. La menace

L'anonymat n'est pas une solution de commodité: il doit être justifié par des impératifs de sécurité et comme ultime recours. Ainsi, la jurisprudence exige que le témoin soit, d'une part, l'objet d'une menace et que, d'autre part, il n'existe pas d'autre solution que l'anonymat pour le protéger.

### *Le type de menace exigé*

L'appréciation de cette menace propre à justifier l'anonymat se fait différemment si le témoin en question est un policier ou non<sup>90</sup>. Dans ses arrêts LÜDI<sup>91</sup> et VAN MECHELEN<sup>92</sup>, la Cour européenne des droits de l'homme eut à connaître d'affaires dont les principaux témoins à charge étaient des policiers. Dans l'arrêt LÜDI, le danger paraît découler de la gravité des infractions poursuivies et la juridiction strasbourgeoise ne semble pas s'y attarder<sup>93</sup>. Il est vrai que le témoin était un agent infiltré dans un réseau important de trafiquants de drogue et que le danger encouru par celui-ci paraissait évident, vu les mœurs du milieu. Toutefois, dans son arrêt VAN MECHELEN, la juridiction strasbourgeoise est tout à fait explicite:

*«La Cour n'est pas davantage persuadée que la cour d'appel se soit suffisamment efforcée d'évaluer les risques pour les policiers ou leurs familles de subir des représailles. Il ne ressort pas de l'arrêt de la cour d'appel que celle-ci ait cherché à déterminer si les requérants auraient été en mesure de se livrer à de telles représailles ou d'inciter d'autres personnes à s'en charger. Sa décision se fondait exclusivement sur la gravité des infractions commises (...)»<sup>94</sup>.*

Ainsi, pour qu'un policier puisse se prévaloir de l'anonymat, la Cour européenne des droits de l'homme exige de pouvoir d'abord constater l'existence d'une menace à l'égard de celui-ci ou de ses proches. Cette menace doit présenter deux caractéristiques. Tout d'abord, elle doit revêtir une certaine importance: il doit s'agir d'une menace contre la vie ou l'intégrité physique du témoin ou de ses proches. Ensuite, un simple sentiment d'insécurité ne suffit pas: il faut que la menace soit réelle.

(90) Voy. not. B. DE SMET, «La défense face aux témoins anonymes et les exigences d'un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. intern. dr. pén.*, 1999, pp. 770-774.

(91) Cour eur. D.H., arrêt LÜDI du 15 juin 1992, précité.

(92) Cour eur. D.H., arrêt VAN MECHELEN du 23 avril 1997, précité.

(93) Cour eur. D.H., arrêt LÜDI du 15 juin 1992, précité, §§ 45 et 49.

(94) Cour eur. D.H., arrêt VAN MECHELEN du 23 avril 1997, précité, § 61.

L'existence de cette menace devra être prouvée par l'apport d'indices tels que des menaces antérieures mises à exécution, la constance et la précision de ces menaces ... et pas seulement par la gravité des infractions objets du témoignage. La Cour considère sans doute qu'une part de risque est inhérente au métier de policier: *«il est dans la nature des choses que parmi leurs devoirs figure, spécialement dans le cas de policiers investis de pouvoirs d'arrestation, celui de témoigner en audience publique»*<sup>95</sup>. C'est pour cette raison qu'elle ne conclura à l'existence d'une menace que si celle-ci existe vraiment dans le cas qui lui est soumis.

Pour un témoin qui n'est pas un policier, la situation est différente: la réalité du danger n'est pas exigée. Toutefois, un simple sentiment d'insécurité ne pourra pas encore suffire. Peut-être la jurisprudence conclura-t-elle plus facilement à l'existence d'un danger, mais celui-ci ne pourra être imaginaire. Les exigences de la Cour sont limpides dans l'arrêt DOORSON<sup>96</sup>, qui ne concernait pas de témoins présentés comme policiers. La juridiction strasbourgeoise cherche à établir la vraisemblance du danger au-delà de l'impression d'insécurité du témoin:

*« Bien qu'aux dires du requérant nul n'ait jamais soutenu que Y 15 et Y 16 [les témoins anonymes] eussent jamais fait l'objet de menaces de sa part, la décision de maintenir leur anonymat ne peut passer pour déraisonnable en soi. Il y a lieu d'avoir égard au fait, **établi par les juridictions internes et non contesté par M. DOORSON**, que les trafiquants de drogue recourent fréquemment aux menaces ou à la violence effective à l'endroit des personnes témoignant contre eux (...). De surcroît, les déclarations faites au juge d'instruction par les témoins en cause **montrent** que l'un d'eux avait, semble-t-il, subi par le passé des violences de la part d'un trafiquant de drogue contre lequel il avait témoigné, tandis que l'autre avait été menacé (...) »*<sup>97</sup>.

Une question particulière se pose: l'indicateur anonyme doit-il, dans l'appréciation de la nature et de la gravité de la menace, être considéré comme un policier ou non? D'un côté, il entretient avec la police des rapports quasi professionnels mais, de l'autre, il ne fait pas partie du cadre de celle-ci. On pourrait se dire qu'à l'instar des membres des forces de l'ordre, un certain risque est inhérent à son activité et que la menace propre

(95) *Ibid.*, § 56.

(96) Cour eur. D.H., arrêt DOORSON du 26 mars 1996, précité.

(97) *Ibid.*, § 71. C'est nous qui soulignons. Voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt VISSER du 14 février 2002, précité, p. 13, § 47, dans lequel la Cour estime que le juge d'instruction n'a pas établi le caractère raisonnable de la crainte exprimée par le témoin, pas plus que, de manière plus générale, n'ont été rapportés par la Cour d'appel le sérieux et le bien-fondé des raisons de l'octroi de l'anonymat.

à justifier l'octroi de l'anonymat dans son chef devrait aussi être une réalité constatée. Toutefois, cela ne semble pas être la voie suivie par la nouvelle loi belge<sup>98</sup>, ni d'ailleurs par la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, l'indicateur anonyme pourrait se contenter de justifier la vraisemblance de menaces à son égard. Dans son arrêt KOSTOVSKI, la Cour, qui avait à connaître de déclarations faites par deux indicateurs anonymes, ne s'est pas vraiment prononcée sur la réalité de la menace de représailles à l'encontre du témoin à charge<sup>99</sup>. Cette simple exigence d'un sentiment non fantaisiste d'être menacé est beaucoup plus claire dans l'arrêt KOK puisque la Cour considère que la menace encourue par l'indicateur suffit à justifier son anonymat dès lors que celui-ci « *pouvait raisonnablement s'attendre à être perçu comme une menace par les personnes au courant de ses agissements* »<sup>100</sup>. La condition n'est donc pas ici l'occurrence d'une menace concrète, ni même probable, mais plutôt un sentiment d'insécurité fondé sur une menace dont seule la vraisemblance doit être établie. Elle nous semble donc plus proche de celle exigée par l'arrêt DOORSON concernant de simples témoins présentés ni comme des policiers ni comme des indicateurs, que de celle de l'arrêt VAN MECHELEN concernant, lui, clairement, des témoins anonymes membres des forces de l'ordre. Signalons, à ce propos, que le Code de procédure pénale néerlandais, sur base duquel l'anonymat avait été accordé au témoin de l'affaire KOK, au contraire de la nouvelle loi belge sur l'anonymat des témoins, comportait une unique condition de « menace simplement raisonnable », que le témoin soit ou non policier<sup>101</sup>.

(98) Alain DE NAUW relève que la loi ne parle que des officiers et agents de police judiciaire. Dès lors, l'octroi de l'anonymat à toutes autres personnes doit répondre aux conditions moins strictes du régime des témoins ordinaires (A. DE NAUW, « De wet op de anonimiteit van getuigen », *R.W.*, 2003, p. 926, n° 14).

(99) Cour eur. D.H., arrêt KOSTOVSKI du 20 novembre 1989, précité, § 44.

(100) Cour eur. D.H., décision sur la recevabilité KOK du 4 juillet 2001, précité, p. 629.

(101) Article 226a, 1.a), du Code de procédure pénale néerlandais, introduit par la L. du 11 novembre 1993, *Staatsblad*, 1993, n° 603 : « (...) indien de getuige of een andere persoon, met het oog op de door de getuige af te leggen verklaring, **zich zodanig bedreigd kan achten dat, naar redelijkerwijze moet worden aangenomen, voor het leven, de gezondheid of de veiligheid dan wel de ontvracting van het gezinsleven of het sociaal-economisch bestaan van die getuige of die ander persoon moet worden gevreesd** ». C'est nous qui soulignons. Traduction donnée par le *Recueil des arrêts et décisions* : « si le témoin ou une autre personne **considère** que la déposition devant être effectuée par le témoin représente une telle menace pour sa sécurité que l'on peut **raisonnablement** supposer qu'il y a des raisons légitimes de craindre pour la vie, la santé ou la sécurité du témoin ou de l'autre personne, ou la sécurité du témoin ou de l'autre personne, ou de redouter la dislocation de la vie familiale ou de la situation socio-économique du témoin ou de l'autre personne (...) » (Cour eur. D.H., décision sur la recevabilité KOK du 4 juillet 2001, précité, p. 649).

Les cours et tribunaux belges exigeaient aussi, pour les témoins policiers, l'existence d'une menace constatée dans les faits. Ainsi, par exemple, la Cour d'appel d'Anvers<sup>102</sup> a estimé que, s'il témoignait, les risques courus par un agent infiltré parmi des trafiquants de drogues étaient très grands. Un danger objectif pour l'intégrité du témoin pouvait être établi au regard de plusieurs indications concrètes, telles que des messages de mort laissés sur son téléphone portable et la relation de plusieurs faits d'assassinat de dénonciateurs ayant eu lieu dans cette même organisation criminelle. Pour les témoins non policiers, les exigences de la jurisprudence sont moins claires. La Cour de cassation estime que l'anonymat doit être «nécessaire» à la protection de l'informateur non membre des forces de police<sup>103</sup>, ce dont on pourrait déduire qu'ici aussi la menace doit être effective et non subjective. Comme ce témoin, bien qu'informateur, n'était pas membre des forces de police, mais collaborait régulièrement avec elles, il serait hasardeux de conclure à la volonté de la Cour d'exiger une constatation de la réalité de la menace pour tout témoin – policier ou non – qui voudrait témoigner sous couvert d'anonymat<sup>104</sup>.

Aux termes d'un nouvel article 75ter du Code d'instruction criminelle, introduit par la loi du 8 avril 2002, les personnes chargées dans leurs activités professionnelles de la constatation et de l'instruction d'une infraction bénéficieront automatiquement d'une forme d'anonymat partiel puisqu'elles pourront mentionner leur adresse de service en lieu et place de leur domicile quand elles sont entendues comme témoins. D'autre part, l'article 75bis du même Code permet l'octroi de l'anonymat partiel s'il existe une présomption raisonnable que le témoin, ou une personne de son entourage, puisse subir un préjudice grave suite aux divulgations<sup>105</sup>. Les travaux préparatoires ne sont pas plus diserts que le texte sur la notion de «*préjudice sérieux*», se contentant de préciser que celui-ci ne peut se limiter à un désagrément, même considérable<sup>106</sup>. Au Conseil d'Etat qui faisait part de sa difficulté à différencier «menace de porter atteinte à l'intégrité physique», condition d'accès à l'anonymat complet, et «préjudice sérieux», exigé pour l'anonymat partiel, le Gouvernement a répondu que la première est plus importante que la deuxième. Il indique, d'autre

(102) Antwerpen, 15 janvier 1998, *Vigiles*, 1998, n° 3, p. 36, note D. LYBAERT.

(103) Cass., 27 avril 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 580, *Rev. dr. pén.*, 2000, p. 359, *R. Cass.*, 2000, p. 121, note P. TRAEST, *Dr. circ.*, 1999, p. 310, *T. Strafr.*, 2001, p. 118, note F. VERBRUGGEN et *Vigiles*, 1999, n° 5, p. 27, note C. DE VALKENEER.

(104) Voy. aussi Cass. (ch. vac.), 15 juillet 1997, *R.W.*, 1997-98, p. 640, concl. Av. gén. DE RIEMAECKER.

(105) Article 75bis du Code d'instruction criminelle, inséré par la loi du 8 avril 2002 relatif à l'anonymat des témoins, *M.B.*, 31 mai 2002.

(106) Projet de loi relatif aux témoins anonymes, Exposé des motifs, *o.c.*, p. 32.

part, que cette question de fait ne requiert pas de définition abstraite et relèvera de l'appréciation du juge d'instruction<sup>107</sup>.

L'octroi de l'anonymat complet par la loi belge répond à la condition de subsidiarité prônée par la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, selon le nouvel article 86bis, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, du Code d'instruction criminelle, le témoin policier devra apporter des indications précises et sérieuses du danger qu'il encourt en cas de témoignage. Il devra résulter d'une analyse concrète et objective de la situation du témoin<sup>108</sup>. En ce qui concerne les non-policiers, le même article prévoit que l'anonymat complet pourra être accordé à «*un témoin ou une personne de son entourage qui **peut raisonnablement se sentir** gravement menacée dans son intégrité en raison du témoignage, et si le témoin a fait part de son intention de ne pas déposer à cause de cette menace*» (art. 86bis, § 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, C.i.cr.)<sup>109</sup>. L'appréciation de la menace, dans ce cas, ne dépend donc plus de critères objectifs, mais bien de l'appréciation – subjective – du témoin. Toutefois, la loi ajoute que le sentiment de menace doit être raisonnable<sup>110</sup>. Dès lors, comme pour la jurisprudence européenne, l'appréciation subjective ne suffit pas, mais doit être étayée par tout élément propre à établir la vraisemblance de la menace, tels que l'expérience antérieure de ce type de situation, les pratiques avérées du milieu visé par les poursuites ...

### *L'absence d'alternative à l'anonymat*

Quand bien même la menace serait-elle importante et réelle, si un autre moyen que l'anonymat du témoin avait existé pour protéger celui-ci, moins attentatoire aux droits de la défense, c'était ce moyen qu'il fallait employer<sup>111,112</sup>. Dès lors, l'anonymat partiel ne se justifie qu'en ultime recours. Tout d'abord, il faut lui préférer l'anonymat partiel. Ensuite, si la sécurité du témoin peut être assurée par une autre mesure que l'anonymat, il convient d'en étudier la faisabilité<sup>113</sup>. La récente loi sur l'anonymat des témoins a entendu faire application de ces principes. Ainsi, le texte de

(107) *Ibid.*, p. 35.

(108) *Ibid.*

(109) C'est nous qui soulignons. Sur l'acception non restrictive de la notion d'intégrité et son application à certaines atteintes gravissimes aux biens, voy. M. NÈVE, F. KUTY et S. BERBUTO, *o.c.*, p. 284.

(110) Projet de loi relatif aux témoins anonymes, Exposé des motifs, *o.c.*, p. 11.

(111) Cour eur. D.H., arrêt LÜDI du 15 juin 1992, § 49 et Cour eur. D.H., arrêt VAN MECHELEN du 23 avril 1997, § 58.

(112) Antwerpen, 15 janvier 1998, *Vigiles*, 1998, n° 3, p. 36, note D. LYBAERT.

(113) L'anonymat des témoins est ainsi un des aspects d'une problématique plus large, celle de la protection des sources en droit pénal. A ce propos, voy. C. DE VALKENEER, «De ontvankelijkheid van de anonieme getuigenis en het tegensprekelijk verhoor van de getuige», note sous Cass., 27 avril 1999, *Vigiles*, 1999, n° 5, p. 30.

l'article 86*bis*, § 1<sup>er</sup>, du Code d'instruction criminelle indique que l'anonymat complet ne peut être ordonné que si l'omission de certaines données ne suffit pas, tandis que les travaux préparatoires précisent que l'anonymat ne peut être accordé s'il n'existe par ailleurs aucune mesure propre à garantir la sécurité du témoin<sup>114</sup>. Par conséquent, le ministère public ou le juge d'instruction devra d'abord soupeser certaines des possibilités offertes notamment par la loi relative à la protection des témoins menacés<sup>115</sup>, et par loi relative au recueil de déclarations au moyen de médias audiovisuels<sup>116</sup>, moins attentatoires aux droits de la défense.

## b.2. Les besoins opérationnels futurs

C'est sans doute dans le cadre des opérations sous couverture que le danger le plus grand de représailles existe, car le policier entretient avec ses «cibles» des relations étroites, propres à susciter un sentiment de trahison et une vengeance subséquente. C'est aussi dans ce genre d'opération que l'anonymat semble le plus nécessaire pour garantir l'usage à venir de l'agent infiltré, voire pour permettre la suite de l'ensemble de l'enquête sous couverture, dès lors que l'identification d'une «taupe» suscitera la méfiance des membres de l'organisation poursuivie. Il semblerait qu'aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme, les besoins opérationnels futurs soient une des raisons susceptibles de justifier le recours à l'anonymat des témoins. Ainsi, dans l'arrêt LÜDI, la Cour estima qu'il était légitime que les autorités de police, dans une affaire de trafic de stupéfiants, cherchent à préserver l'anonymat de leur agent infiltré, non seulement pour pouvoir le protéger, mais aussi pour l'utiliser encore à l'avenir<sup>117</sup>. Toutefois, l'élément nécessaire reste l'existence d'une menace et, pour importante qu'elle soit, la raison tirée des besoins opérationnels futurs de la lutte contre la criminalité organisée n'est qu'un argument

(114) Projet de loi relatif aux témoins anonymes, Exposé des motifs, *o.c.*, p. 25.

(115) Voy. art. 102 et s. C.i.cr., introduits par la loi du 7 juillet 2002 contenant des règles relatives à la protection des témoins menacés et d'autres dispositions, *M.B.*, 10 août 2002, pp. 34665-34671. A propos de cette loi, voy. not. T. DE MEESTER, «De feitelijke bescherming van bedreigde getuigen een feit?», *T. Strafr.*, 2003, pp. 95-107; M. NÈVE, F. KUTY et S. BERBUTO, *o.c.*, p. 287; C. DE VALKENEER, *o.c.*, pp. 112-137.

(116) Voy. art. 112 à 112*ter* C.i.cr., introduits par la loi du 12 septembre 2002 relative au recueil de déclarations au moyen de médias audiovisuels, *M.B.*, 12 septembre 2002, pp. 40305-40308. A propos de cette loi, voy. C. DE VALKENEER, *o.c.*, pp. 156-169; D. VAN DAELE, «Het afnemen van verklaringen met behulp van audiovisuele media: een commentaar bij de wet van 2 augustus 2002», *T. Strafr.*, 2003, pp. 46-61.

(117) Cour eur. D.H., arrêt LÜDI du 15 juin 1992 précité, § 49. Dans le même sens, voy. aussi Cour eur. D.H., arrêt VAN MECHELEN du 23 avril 1997 précité, § 57.



supplémentaire qui ne permet pas à lui seul d'octroyer l'anonymat aux fonctionnaires de police, voire aux indicateurs<sup>118</sup>.

La jurisprudence belge a elle aussi évoqué à quelques reprises cette nécessité de préserver les agents sous couverture en vue de futures missions. Ainsi, outrepassant la position de la Cour européenne des droits de l'homme, suivie par ailleurs par la Cour d'appel d'Anvers<sup>119</sup>, la Cour de cassation semble avoir estimé que l'anonymat pouvait être autorisé par exception quand il s'avérerait nécessaire pour protéger le témoin et sa famille ou pour pouvoir faire encore appel à lui dans le futur<sup>120</sup>. Il faut tout d'abord remarquer qu'en l'espèce, c'est d'un indicateur dont il s'agit, c'est-à-dire une personne qui ne fait pas partie de la police, même si elle collabore avec elle. Ensuite, selon la formulation alternative («ou») utilisée par la Cour de cassation, les besoins opérationnels futurs pourraient à eux seuls justifier la mesure d'anonymat ...

Les nécessités futures de l'enquêtes ou des enquêtes à venir ne sont pas évoquées par la récente loi sur l'anonymat des témoins. Comme les conditions de proportionnalité et de subsidiarité doivent s'interpréter de manière stricte<sup>121</sup>, elles ne pourront en tout cas suffire à l'octroi de l'anonymat.

### b.3. L'absolue nécessité pour l'enquête/ La fiabilité du témoin

Dernier élément à prendre en compte dans l'équation de la subsidiarité : la nécessité du témoignage pour l'enquête en cours<sup>122</sup>. L'anonymat ne peut être accordé à un témoin si les informations que celui-ci possède ne sont pas indispensables à l'aboutissement du dossier parce que d'autres moyens d'instruction, moins attentatoires aux droits de la défense, peuvent être employés<sup>123</sup>.

(118) Cour eur. D.H., arrêt VAN MECHELEN du 23 avril 1997, précité, § 61.

(119) Antwerpen, 15 janvier 1998, *Vigiles*, 1998, n° 3, p. 37, note D. LYBAERT.

(120) Cass., 27 avril 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 580, *Rev. dr. pén.*, 2000, p. 359, *R. Cass.*, 2000, p. 121, note P. TRAEST, *Dr. circ.*, 1999, p. 310, *T. Strafr.*, 2001, p. 118, note F. VERBRUGGEN et *Vigiles*, 1999, n° 5, p. 27, note C. DE VALKENNEER. Les besoins opérationnels futurs, cette fois cumulés à la nécessité d'une protection, ont aussi été invoqués avec succès par le policier qui refusait de révéler le nom de son informateur (Cass., 26 février 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 801 et Cass., 10 janvier 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 515). Le secret professionnel est aussi invoqué à cet égard mais, selon les Professeurs VANDERMEERSCH et BOSLY, ce sont moins ces raisons que le respect de la parole donnée qui justifie cette attitude policière (H.-D. BOSLY et D. VANDERMEERSCH, *o.c.*, p. 363).

(121) Projet de loi relatif aux témoins anonymes, Exposé des motifs, *o.c.*, p. 25.

(122) A ce propos, voy. F. VERBRUGGEN, *o.c.*, pp. 92-93.

(123) Cour eur. D.H., arrêt VAN MECHELEN du 23 avril 1997, précité, § 58.

N'ouvrir le recours à l'anonymat qu'en cas d'absolue nécessité du témoignage pour l'enquête pourrait sembler paradoxal quand on sait que ce témoignage anonyme ne peut emporter de manière déterminante la condamnation de l'accusé (voir *infra* – c) La valeur probante)<sup>124</sup>. La contradiction n'est pourtant qu'apparente car cette absolue nécessité du témoignage pour l'enquête participe du principe de subsidiarité qui conditionne l'ouverture du droit à l'anonymat. Dès lors, elle doit se vérifier au moment d'octroyer l'anonymat. A la suite des informations recueillies, l'instruction peut alors poursuivre son cours et d'autres éléments de preuve peuvent être recueillis. La vérification de la relativité de la valeur probante du témoignage dans la décision de culpabilité (c'est-à-dire le caractère non déterminant de ce témoignage) sera, elle, appréciée lors d'une étape ultérieure, celle du délibéré<sup>125</sup> ou, si elle fait l'objet d'un examen plus précoce, lors du règlement de la procédure.

Dans cette appréciation de la nécessité du témoignage anonyme pour l'enquête, la fiabilité du témoin anonyme est un facteur important. Moins le témoin paraîtra fiable, moins sa contribution semblera nécessaire à la conclusion de l'enquête. Ainsi, la réticence à accorder l'anonymat sera d'autant plus grande quand, par exemple, le témoin semble intéressé par une promesse d'argent, d'absence de poursuite ou pour une autre raison<sup>126</sup>. D'autre part, il ne faut pas perdre de vue qu'une organisation criminelle pourrait aussi «provoquer» un témoignage anonyme qui la sert, que ce soit pour accomplir une vengeance ou pour lancer l'information ou l'instruction judiciaires sur une fausse piste. Enfin, l'anonymat ne pourra être accordé aux policiers qu'avec beaucoup de précaution: «*Ils [les policiers] ont un devoir général d'obéissance envers les autorités exécutives de l'Etat, ainsi d'ordinaire que des liens avec le ministère public; pour ces seules raisons déjà, il ne faut les utiliser comme témoins anonymes que dans des circonstances exceptionnelles*»<sup>127</sup>. L'appréciation de la fiabilité des indicateurs pose un problème identique. Bien que ceux-ci ne soient pas membres des forces de police, ils entretiennent avec celles-ci des liens étroits, de dépendance et d'intérêt, qui les rendent particulièrement sensi-

(124) M. NÈVE, F. KUTY et S. BERBUTO, *o.c.*, p. 283 et F. VERBRUGGEN, *o.c.*, p. 93.

(125) M.-A. BEERNAERT et D. VANDERMEERSCH, *o.c.*, p. 732.

(126) Voy. B. DE SMET, *o.c.*, p. 776.

(127) Cour eur. D.H., arrêt VAN MECHELEN du 23 avril 1997, précité, § 56.

bles à leur influence<sup>128</sup>. Pourtant, ni dans l'arrêt KOSTOVSKI<sup>129</sup>, ni dans la décision KOK<sup>130</sup>, la Cour ne semble accorder une attention particulière à cette circonstance, par un contrôle de fiabilité plus critique.

Précisons qu'il convient de différencier fiabilité et crédibilité. Comme pour la distinction entre nécessité absolue et caractère déterminant, il s'agit de deux appréciations effectuées à des moments différents: la vérification de la fiabilité du témoin concernera le moment de l'octroi de l'anonymat et le contrôle de la crédibilité des allégations de celui-ci s'effectuera sur l'ensemble de la procédure<sup>131</sup>. Il faut par ailleurs noter que la juridiction de fond ou d'instruction, ainsi que la défense, auxquelles sera soumis le témoignage anonyme, éprouveront quelques difficultés à évaluer la fiabilité *a posteriori*, vu que l'identité de celui-ci et la plupart des informations le concernant ne leur seront pas connues<sup>132</sup>.

La Cour d'appel de Bruxelles<sup>133</sup> a exprimé clairement cette nécessité d'évaluer la fiabilité des témoins avant de leur reconnaître le droit à l'anonymat. Dans cette affaire, la Cour confirme le jugement d'acquittement prononcé à l'égard du prévenu parce que, entre autres moyens, les préventions reposaient sur deux témoignages de personnes qui n'étaient pas jugées «dignes de confiance». Leur manque de fiabilité s'est imposé au regard de leur assuétude avérée à la cocaïne et de leur refus d'être confrontés au prévenu ou d'entrer dans les détails des faits face à lui.

Il nous semble que la rétribution d'un témoin<sup>134</sup> soit de nature à mettre en doute sa fiabilité. Le même raisonnement vaudrait aussi pour un «repenti» prêt à témoigner en échange d'une mesure qui lui serait favo-

(128) Devraient aussi faire l'objet d'un contrôle de fiabilité très critique les témoignages de détenus auxquels l'administration pénitentiaire promet un traitement de faveur en échange d'informations divulguées sous anonymat. Ce fut l'un des arguments de la requête introduite par trois détenus lithuaniens condamnés pour avoir pris la tête d'une insurrection avec fusillade dans une prison de Lituanie. En l'espèce, les témoins anonymes auraient eux-même participé aux faits et se seraient vu promettre un abandon des poursuites à leur encontre s'ils décidaient de collaborer avec les autorités (Cour eur. D.H., arrêt BIRUTIS et consorts du 28 mars 2002, précité, p. 4, § 15 et pp. 7-8, §§ 33-34). Il se serait donc agi d'un probable cas de repentis ou collaborateurs de justice anonymes.

(129) Cour eur. D.H., arrêt KOSTOVSKI du 20 novembre 1989, précité, §§ 42-43.

(130) Cour eur. D.H., décision sur la recevabilité KOK du 4 juillet 2001 précité, pp. 655-658.

(131) M.-A. BEERNAERT et D. VANDERMEERSCH, *o.c.*, p. 734.

(132) Cour eur. D.H., arrêt KOSTOVSKI du 20 novembre 1989, précité, §§ 42-43.

(133) Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 29 mai 1997, *J.T.*, 1997, p. 571.

(134) Le témoin anonyme dans l'affaire COOLS aurait été «grassement rémunéré en 1996 pour ses révélations» (R. HAQUIN, «Pour trois inculpés, l'arrêt de Liège est cassé», <http://www.lesoir.be> (26 septembre 2002)).

nable, telle qu'une remise de peine, la reconnaissance d'une cause d'excuse ou même l'extinction des poursuites à son égard<sup>135</sup>.

La loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins confie au juge d'instruction le pouvoir d'ordonner l'anonymat complet. Avant de rendre son ordonnance, elle lui impose de vérifier l'identité complète du témoin, ainsi que sa fiabilité (art. 86*bis*, § 3, C.i.cr.). De plus, la loi précise qu'un tel anonymat ne peut être octroyé que si l'instruction des faits l'exige. Dès lors que ces exigences sont conformes à celles qu'impose la Cour européenne des droits de l'homme, les observations qui précèdent valent de manière identique sous le champ d'application de la nouvelle loi.

## 2) *Les conditions d'administration: la compensation de l'atteinte à la contradiction*

L'anonymat, une fois octroyé, cause de multiples désagréments à la défense. Il devient très difficile de mettre en cause la crédibilité du témoignage si l'on ne connaît pas l'identité du témoin<sup>136</sup>. Par ailleurs, la voile entourant les informations divulguées par le témoin anonyme ne permet pas de vérifier la régularité de leur origine. De plus, le caractère indirect de l'apport de cette preuve devant la juridiction amenée à se prononcer sur la culpabilité n'est pas sans danger. Les déclarations rapportées à l'audience pourraient être orientées ou déformées, sans possibilité de remédiation<sup>137</sup>. Dès lors, un témoignage anonyme ne pourra être retenu comme moyen de preuve si la procédure, dans son intégralité, ne compense ces atteintes portées aux droits de la défense. La Cour européenne des droits de

(135) A propos des repentis ou collaborateurs de la justice, la proposition COVELIERS-HERZET (proposition de loi instaurant un régime pour les collaborateurs de la justice, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2001-2002, n° 1645/001, pp. 42 à 50), au contraire de la proposition VAN PARUS et consorts (proposition de loi instaurant le régime des repentis, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2001-2002, n° 1384/001) exclut l'application simultanée du régime de collaborateurs de justice qu'elle entend instaurer et celle de l'anonymat des témoins. Or, même si l'on ne peut comparer la situation du témoin anonyme rétribué en espèce, comme celui de l'« affaire COOLS », avec celle d'un repentis, auteur de faits répréhensibles, la rémunération du témoin anonyme – ce dont il est question ici – s'apparente à une mesure d'incitation à la « collaboration » avec la justice. C'est cette rétribution, ce caractère non-gratuit du témoignage, qui a incité les auteurs de la proposition à la prudence en proposant l'impossibilité d'octroyer au collaborateur de justice le bénéfice de l'anonymat. Sur les collaborateurs de justice, voy. M.-A. BEERNAERT, *Repentis et collaborateurs de justice dans le système pénal: analyse comparée et critique*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

(136) Cour eur. D.H., arrêt KOSTOVSKI du 20 novembre 1989, précité, § 42 et Cour eur. D.H., arrêt WINDISCH du 27 septembre 1990, précité, § 28.

(137) Voy. B. DE SMET, *o.c.*, pp. 761-763.

l'homme a ainsi progressivement élaboré les conditions d'administration du témoignage anonyme<sup>138</sup>.

Première condition : l'audition du témoin anonyme doit être menée par une instance judiciaire indépendante<sup>139</sup>. L'interrogatoire dirigé par la police ou le ministère public risquerait de ne mettre l'accent que sur les éléments propres à appuyer la culpabilité de la personne poursuivie. Le magistrat indépendant qui procédera à l'audition devra par ailleurs connaître l'identité complète du témoin<sup>140</sup>, ce qui l'aidera à exercer un contrôle sur la crédibilité des allégations de ce dernier.

Deuxième condition : les problèmes engendrés par l'anonymat ne pourront être compensés que si une occasion adéquate et suffisante de contester le témoignage est offerte à la défense<sup>141</sup>. Parmi différentes modalités d'audition examinées, seule la confrontation la plus directe semble trouver grâce aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme. Le fait, pour la défense, d'interroger les policiers et juges d'instruction qui avaient enregistré les déclarations ne peut suffire<sup>142</sup>. De la même façon, la transmission aux témoins anonymes de questions écrites ne compensera pas plus les difficultés rencontrées par la défense<sup>143</sup>. Par contre, l'arrêt DOORSON considérerait que la compensation est suffisante quand l'audition du témoin est faite en présence de l'avocat de la défense, dès lors que ce dernier a la possibilité de poser des questions (qui ne pouvaient toutefois mener au dévoilement de l'identité)<sup>144</sup>. Cette possibilité semblait apporter une solution à la problématique, dans la mesure où l'anonymat paraît garanti et où la défense peut malgré tout interroger le témoin d'une façon assez directe. Toutefois, l'absence du prévenu – ou de l'inculpé, si l'on se

(138) Voy. not. B. DE SMET, *o.c.*, pp. 761-776; M. GUERRIN, «Le témoignage anonyme au regard de la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. trim. D.H.*, 2002, pp. 57-58; P. TRAEST, «Recente tendensen in het bewijsrecht in strafzaken», *Straf recht? Strafrecht*, Antwerpen et Apeldoorn, Maklu, 2001, spéc. pp. 259-260 et F. VERBRUGGEN, «De anonieme getuige: de invloed van de Europese rechtspraak op de verhouding tussen recht op angst en recht op een eerlijk proces», *Tendances de la jurisprudence en matière pénale. Perspectives uit de recente rechtspraak in strafzaken*, Gent, Mys & Breesch, 2000, pp. 82-83.

(139) Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt WINDISCH du 27 septembre 1990, précité, § 27.

(140) Cour eur. D.H., arrêt DOORSON du 26 mars 1996, précité, § 73.

(141) Cour eur. D.H., arrêt KOSTOVSKI du 20 novembre 1989, précité, § 41; Cour eur. D.H., arrêt WINDISCH du 27 septembre 1990, précité, § 26; Cour eur. D.H., arrêt LÜDI du 15 juin 1992, précité, § 47; Cour eur. D.H., arrêt DOORSON du 26 mars 1996, précité, §§ 72, 74 et 75 et Cour eur. D.H., arrêt VAN MECHELEN du 23 avril 1997, précité, § 62.

(142) Cour eur. D.H., arrêt KOSTOVSKI du 20 novembre 1989, précité, § 42. Il convient toutefois de signaler qu'en l'espèce les juges d'instruction interrogés ignoraient eux-mêmes l'identité des témoins à l'audition desquels ils avaient procédé.

(143) *Ibid.*

(144) Cour eur. D.H., arrêt DOORSON du 26 mars 1996, précité, § 73.

trouve lors de la phase d'instruction préparatoire – n'est pas sans incidence sur la qualité de la défense. D'une part, le prévenu ou l'inculpé est parfois le seul à pouvoir relever, dans les déclarations du témoin, une erreur ou une inexactitude propre à mettre en cause la pertinence des allégations portées à son encontre. D'autre part, le maintien de l'anonymat ne repose que sur la déontologie de l'avocat et sur sa capacité à résister à la pression que pourrait lui imposer son client. Quoi qu'il en soit, cette solution vient pervertir la relation de confiance qui doit s'instaurer entre l'avocat et son client. A tout le moins, elle freinerait la volonté du témoin de faire part de l'ensemble des informations qu'il détient<sup>145</sup>.

Une autre modalité d'audition peut encore être envisagée: la confrontation indirecte, via une connexion téléphonique. Ainsi, dans l'affaire VAN MECHELEN, le témoin anonyme se trouvait dans une pièce avec le juge d'instruction. Les accusés et leurs avocats se trouvaient en un autre lieu, mais pouvaient néanmoins participer à l'interrogatoire via une connexion sonore. La Cour européenne des droits de l'homme a estimé que la défense fut ainsi indûment «*privée de la possibilité d'observer leurs réactions [celle des témoins] à des questions directes, ce qui lui eût permis de contrôler leur fiabilité [lire 'leur crédibilité'] (...)*»<sup>146</sup>. Par ailleurs, n'ayant pas accès à la pièce dans laquelle se trouve le témoin, comment la défense peut-elle s'assurer que celui-ci n'a pas été aidé dans ses réponses par une tierce personne<sup>147</sup>? Dès lors, même dans ce cas, la procédure ne compensait pas à suffisance la limitation du droit de l'accusé à ce que les preuves à charge soient produites en sa présence. Selon l'arrêt VAN MECHELEN, la confrontation doit donc être directe et, pour maintenir l'anonymat dans une telle confrontation face à face, l'usage d'un déguisement ou de maquillage et l'attention portée à ce que les regards ne se croisent pas devraient suffire<sup>148</sup>.

Dans une affaire relativement similaire, la Cour semble avoir revu quelque peu sa position<sup>149</sup>. La décision KOK, dont il s'agit ici, ne présente avec l'arrêt VAN MECHELEN qu'une seule différence: le témoin anonyme

(145) B. DE SMET, *o.c.*, p. 769 et F. VERBRUGGEN, *o.c.*, p. 94.

(146) Cour eur. D.H., arrêt VAN MECHELEN du 23 avril 1997, précité, § 59.

(147) Voy. not. Cour eur. D.H., décision sur la recevabilité KOK du 4 juillet 2001, précité, p. 653, dans lequel, par un grief distinct, le requérant estime que la présence des policiers dans la même pièce que le juge d'instruction et le témoin viole le principe de l'égalité des armes car «*l'accusation a eu ainsi la possibilité d'obtenir des informations inaccessibles à la défense au sujet de l'audition, voire de donner des instructions aux policiers et d'ainsi influencer le déroulement de l'audition*». La Cour n'a toutefois pas retenu l'argument.

(148) Cour eur. D.H., arrêt VAN MECHELEN du 23 avril 1997, précité, § 60.

(149) Cour eur. D.H., décision sur la recevabilité KOK du 4 juillet 2001, précité, p. 629.

n'est pas un policier, mais un indicateur. Si cette particularité de la cause peut justifier la différence d'appréciation de la condition de menace, sans laquelle l'octroi de l'anonymat n'est pas possible<sup>150</sup>, elle ne peut fonder l'appréciation moins stricte que fait la Cour des conditions d'*administration* du témoignage anonyme. Il s'agit ici d'une volte-face de la Cour, désormais prête à accepter la confrontation indirecte, au moyen d'une liaison sonore. Nous pouvons comprendre que, pour des raisons de praticabilité de sa jurisprudence, la Cour ait estimé nécessaire de réajuster la balance effectuée entre l'efficacité de l'enquête et la protection des droits de la défense. Toutefois, il eût fallu que l'argumentation soit conforme à cette prise de position. Ici, la Cour agit dangereusement, remettant en cause le caractère cumulatif plutôt qu'alternatif des trois grandes conditions auxquelles elle soumet la réception du témoignage anonyme dans l'enquête pénale<sup>151</sup>. Elle considère que «*pour juger si les modalités de l'audition du témoin anonyme offraient des garanties suffisantes pour compenser les difficultés causées à la défense, il y a lieu de tenir dûment compte de la conclusion (...) selon laquelle le témoignage anonyme n'a absolument pas été déterminant pour la condamnation du requérant*»<sup>152</sup>. Usage est ici fait d'un principe développé dans d'autres arrêts<sup>153</sup> qui ne traitaient pas de la problématique des témoins anonymes. Selon ces arrêts, le contre-interrogatoire des témoins ne se justifie que lorsque leur témoignage joue un rôle important ou décisif dans la décision. Appliquant cette jurisprudence aux témoins anonymes, la Cour rompt avec sa jurisprudence antérieure de soumission de la réception des témoignages anonymes aux trois grandes conditions cumulatives déjà évoquées. Alors qu'auparavant, la compensation procédurale devait avoir lieu dans tous les cas, même si le témoignage anonyme n'avait pas été déterminant, elle ne serait plus exigée, à en croire la décision KOK<sup>154</sup>, que lorsque ce moyen de preuve particulier

(150) Voy. *supra*: 3. B. 2) b). Conditions de subsidiarité – b.1 La menace.

(151) Voy. note 132 avec les passages cités des décisions de Cour eur. D.H., arrêt DOORSON du 26 mars 1996, précité, 76 et Cour eur. D.H., arrêt BIRUTIS et autres du 28 mars 2002, précité, p. 6, § 29.

(152) Cour eur. D.H., décision sur la recevabilité KOK du 4 juillet 2001, précité, p. 655 et p. 657.

(153) Cour eur. D.H., arrêt DELTA du 19 décembre 1990, § 37; Cour eur. D.H., arrêt ASCH du 26 avril 1991, § 28; Cour eur. D.H., arrêt ARTNER du 28 août 1992, §§ 22-24 et Cour eur. D.H., arrêt SAÏDI du 20 septembre 1993, § 44. Voy. aussi not. Cour eur. D.H., arrêt A.M. du 14 décembre 1999, p. 7, § 25.

(154) Cette considération tenue par la Cour dans la décision sur la recevabilité KOK se retrouve d'ailleurs dans le récent arrêt VISSER, parmi les principes applicables en matière de témoignages anonymes (Cour eur. D.H., arrêt VISSER du 14 février 2002, précité, p. 13, §§ 45 et 46). Toutefois, comme les conditions d'octroi de l'anonymat n'étaient déjà pas remplies, la Cour n'estima pas nécessaire d'examiner si les modalités d'audition compensaient à suffisance les difficultés rencontrées par la défense (*Ibid.*, p. 14, § 51).

détermine la culpabilité de la personne poursuivie<sup>155</sup>. Or, à notre sens, la difficulté supplémentaire qu'engendre l'anonymat du témoin justifie pleinement l'application cumulée et non alternative des conditions d'octroi, d'administration et de force probante relative du témoignage anonyme, retenue jusqu'alors par la Cour européenne des droits de l'homme.

Pour en revenir à la solution préconisée par l'arrêt VAN MECHELEN, des doutes ont été exprimés quant à l'intérêt d'organiser une audition en présence physique des témoins, du ministère public et de la défense. Peut-être, de par les nécessités de leur travail et de leur sécurité, les agents infiltrés sont-ils entraînés à mentir et dès lors fort peu sujets à un quelconque trouble lors d'une confrontation directe avec les personnes que leur témoignage charge<sup>156</sup>. Néanmoins, outre le fait que les témoignages anonymes n'émanent pas seulement des agents *undercover*, il est probable que, de manière générale, le témoin évitera plus volontiers des déclarations fantaisistes s'il doit produire celles-ci face à la personne qui risque d'en faire les frais.

Confrontés à la nécessité d'accorder l'anonymat à certains témoins, les cours et tribunaux belges ont, eux aussi, voulu soumettre l'administration de ce moyen de preuve particulier à certaines conditions. Ces conditions ne reflètent toutefois pas l'intégralité des exigences strasbourgeoises. Ainsi, si la Cour de cassation semble considérer que la réception du témoignage anonyme par les seules forces de police ne suffit pas, elle n'en exige pas pour autant l'intervention d'un juge d'instruction, magistrat indépendant et impartial<sup>157</sup>.

En ce qui concerne les modalités d'audition du témoin anonyme, la jurisprudence belge était loin d'exiger une confrontation visuelle. Dans un

(155) Dans l'arrêt BIRUTIS et consorts, la Cour considère toutefois qu'il y a bien violation du droit au procès équitable quand la condamnation se base *de manière exclusive* sur des témoignages anonymes (Cour eur. D.H., arrêt BIRUTIS et consorts du 28 mars 2002, précité, p. 7, § 31).

(156) F. VERBRUGGEN, *o.c.*, p. 94.

(157) Voy. not. Cass., 27 juin 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 1184, *Larc. Cass.*, 2000, p. 261 et *T. Strafr.*, 2001, p. 85; Cass., 12 mai 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 556, *Arr. Cass.*, 1998, p. 526, *Bull.*, 1998, p. 556, *R.D.J.P.*, 1999, p. 108, *R.D.J.P.*, 2000, p. 181, note I. ONSEA et *Dr. circ.*, 1999, p. 104 et Cass., 15 juillet 1997, *R.W.*, 1997-98, p. 640, concl. Av. gén. DE RIEMAECKER.



arrêt du 27 avril 1999<sup>158</sup>, la Cour de cassation énonce que l'utilisation d'un témoignage recueilli lors de l'information ne viole pas en soi le droit à un procès équitable si les droits de la défense sont respectés. Pour qu'il soit satisfait à cette exigence, elle précise qu'il faut que le prévenu ait eu une occasion suffisante de contester le témoignage et d'interroger le témoin, soit au moment de la déposition, soit ultérieurement. En l'espèce, aucune confrontation n'avait eu lieu, suite au refus de l'inculpé. Néanmoins, ce dernier avait bénéficié d'une occasion de contester le témoignage anonyme. Les conditions d'administration du témoignage anonyme exigées par la Cour de cassation étaient donc moins strictes que celles imposées par la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, selon la plus haute juridiction belge, la personne poursuivie doit se voir offrir la possibilité de contredire le témoignage et d'interroger le témoin, mais pas nécessairement lors de l'audition du témoin, ni *a fortiori* lors d'une confrontation visuelle<sup>159</sup>.

Censée ajuster la pratique belge aux exigences européennes<sup>160</sup>, la loi belge prévoit que ce soit le juge d'instruction qui interroge le témoin anonyme. La personne entendue dans le cadre de l'anonymat partiel sera ensuite amenée à comparaître à l'audience (art. 80 C.i.cr.). Celle qui bénéficie d'un anonymat complet sera interrogée par le juge d'instruction qui convoquera aussi la défense pour assister à l'audition. Avant et pendant celle-ci, l'inculpé et son conseil auront la possibilité de rédiger quelques questions qui seront posées au témoin par le juge d'instruction (art. 86ter C.i.cr.). Le magistrat empêchera toutefois le témoin de répondre quand son identité risque d'être dévoilée. A ce propos, il conviendra d'être attentif à la façon dont l'audition est menée. Si le juge d'instruction empêche le témoin de répondre à la plupart des questions posées par la défense, la procédure pourrait ne plus satisfaire aux exigences des

(158) Cass., 27 avril 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 580, *Rev. dr. pén.*, 2000, p. 359, *R. Cass.*, 2000, p. 121, note P. TRAEST, *Dr. circ.*, 1999, p. 310, *T. Strafr.*, 2001, p. 118, note F. VERBRUGGEN et *Vigiles*, 1999, n° 5, p. 27, note C. DE VALKENEER. Voy. aussi Cass., 4 avril 2001, *Rev. dr. pén.*, 2001, p. 1005, *Larc. Cass.*, 2001, p. 205 et *T. Strafr.*, 2002, p. 89 et Cass., 2 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1006, concl. Av. gén. JANSSENS DE BISTHOVEN, *Arr. Cass.*, 1989-90, p. 1132, *Rev. dr. pén.*, 1990, p. 974, note J.S. et J.T., 1990, p. 469, note J.M. Voy. aussi Mons (4<sup>e</sup> ch.), 16 septembre 1993, *Rev. dr. pén.*, 1993, pp. 284-286, note M.-A. BEERNAERT.

(159) Un peu plus d'un an auparavant, la Cour d'appel d'Anvers avait toutefois voulu procéder à un interrogatoire à l'audience. Le témoin se trouvait dans une pièce séparée et dut répondre directement aux questions de la Cour et de la défense (Antwerpen, 15 janvier 1998, *Vigiles*, 1998, n° 3, p. 36, note D. LYBAERT).

(160) Projet de loi relatif aux témoins anonymes, Exposé des motifs, *o.c.*, p. 24.

articles 6.1 et 6.1.d) de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>161</sup>.

Quant aux modalités concrètes de l'audition, le texte énonce d'abord que «*le juge d'instruction prend toutes les mesures raisonnablement nécessaires pour tenir secrète l'identité du témoin*»<sup>162</sup>. Ensuite, il précise que si cela s'avère nécessaire pour la protection de l'anonymat du témoin, le juge d'instruction peut ordonner que le ministère public, la partie poursuivie et la partie civile, ainsi que leurs conseils respectifs, ne puissent assister à l'audition que dans un local séparé, relié au local de l'audition par un système de télécommunication dont la forme est à préciser par arrêté royal<sup>163</sup>. Toutefois, si ce système semble depuis peu trouver grâce aux yeux de Cour européenne des droits de l'homme<sup>164</sup>, il ne répond pas encore aux craintes évoquées plus haut quant au contrôle des personnes présentes dans la pièce de l'audition, susceptibles d'influencer le comportement du témoin anonyme.

Après avoir passé en revue ces conditions relatives à l'administration du témoignage anonyme, il convient de se demander quand les juridictions d'instruction pourront conclure à leur violation définitive. Cette violation définitive ne pourrait être constatée lors du règlement de la procédure que si, d'une part, l'audition ayant eu lieu lors de la phase préparatoire n'a pas encore compensé à suffisance les atteintes causées par l'anonymat aux droits de la défense et que, d'autre part, il est certain que cette situation ne pourra s'améliorer devant la juridiction de fond. A notre sens, ce sera le cas quand un témoin n'est plus disponible (qu'il ait disparu ou qu'il soit décédé) ou refuse d'être réentendu dans des conditions plus favorables à la contradiction. Dans cette dernière hypothèse, loin d'être purement théorique, un témoignage anonyme pourrait déjà être écarté lors du règlement de la procédure.

(161) F. SCHUERMANS, *o.c.*, p. 80.

(162) Article 86ter, al. 1<sup>er</sup>, du Code d'instruction criminelle. Ainsi, après en avoir évalué *in concreto* la nécessité, le juge d'instruction pourra ordonner des mesures telles qu'un déguisement ou la déformation de la voix du témoin (Projet de loi relatif aux témoins anonymes, Exposé des motifs, *o.c.*, p. 30).

(163) A.R. du 20 mars 2003 portant exécution de l'article 86ter du Code d'instruction criminelle, *M.B.*, 18 avril 2003 (2<sup>e</sup> éd.). Selon l'exposé des motifs du projet de loi que cet arrêté royal entend exécuter, l'équipement devra pouvoir déformer les signaux auditifs ou visuels, rendant la reconnaissance impossible. Il créera aussi un léger différé dans la transmission des réponses du témoin, permettant au juge de jouer son rôle de filtre. Enfin, il permettra aux autres parties au procès de faire poser des questions au juge d'instruction (Projet de loi relatif aux témoins anonymes, Exposé des motifs, *o.c.*, p. 31). A noter qu'au contraire de l'exposé des motifs du projet de loi, l'arrêté royal n'organise qu'une liaison auditive, à l'exclusion de toute retransmission d'images.

(164) Cour eur. D.H., décision sur la recevabilité Kok du 4 juillet 2001 précité, p. 629.

### 3) La valeur probante

Lors de l'appréciation de la culpabilité de la personne poursuivie, la juridiction de fond ne peut accorder au témoignage anonyme qu'une valeur probante relative. Pour autant que les conditions d'octroi soient remplies et que la procédure ait compensé à suffisance les atteintes portées aux droits de la défense, le témoignage anonyme ne peut toutefois servir de preuve déterminante ni, *a fortiori*, être le seul élément à charge<sup>165</sup>. Moyen supplémentaire, il peut tout au plus corroborer d'autres éléments de preuve<sup>166</sup>. Par ailleurs, on rappellera que la contradiction entre l'exigence de nécessité absolue du recours au témoignage anonyme, condition d'octroi de l'anonymat complet, et celle de la valeur probante relative qu'il faut accorder à cet élément de preuve<sup>167</sup> n'est qu'apparente, ces deux appréciations prenant place à des moments différents<sup>168</sup>.

Depuis l'arrêt CALLEWAERT<sup>169</sup> du 2 mai 1990, dans lequel elle estimait qu'un témoignage anonyme pouvait être pris en compte pour autant qu'il ne soit qu'un élément de preuve parmi d'autres, la Cour de cassation s'est alignée sur la position de la Cour européenne des droits de l'homme. Désormais, elle veille à ce que la preuve de la culpabilité d'un prévenu ou d'un accusé ne soit jamais apportée de manière exclusive ou détermi-

(165) Cour eur. D.H., arrêt KOSTOVSKI du 20 novembre 1989, précité, § 44; Cour eur. D.H., arrêt WINDISCH du 27 septembre 1990, précité, §§ 24 et 31; Cour eur. D.H., arrêt LÜDI du 15 juin 1992, précité, §§ 46-47; Cour eur. D.H., arrêt DOORSON du 26 mars 1996, précité, § 76; Cour eur. D.H., arrêt VAN MECHELEN du 23 avril 1997, précité, § 63; Cour eur. D.H., décision sur la recevabilité KOK du 4 juillet 2001, précité, pp. 656-657; Cour eur. D.H., arrêt VISSER du 14 février 2002, précité, p. 14, § 50 et Cour eur. D.H., arrêt BIRUTIS et consorts du 28 mars 2002 précité, p. 7, §§ 31-32. Par ailleurs, dans son analyse de l'arrêt VAN MECHELEN, Bart DE SMET estime même qu'il y a une exigence d'uniformité entre les déclarations anonymes et les éléments de preuve qui ont pu être librement discutés lors d'une audience publique. Le témoignage anonyme ne viendrait dès lors plus corroborer, mais simplement confirmer les éléments de preuve obtenus par ailleurs (B. DE SMET, *o.c.*, pp. 773-774).

(166) Sur la difficile conciliation de notre système de l'intime conviction du juge avec cette distinction établie par la Cour européenne des droits de l'homme entre élément de preuve corroborant et élément de preuve déterminant, voy. A. DE NAUW, *o.c.*, pp. 932-933, n° 25.

(167) F. VERBRUGGEN, *o.c.*, pp. 92-93.

(168) M.-A. BEERNAERT et D. VANDERMEERSCH, *o.c.*, p. 730.

(169) Cass., 2 mai 1990, *Pas.*, 1990, I, p. 1006, concl. Av. gén. JANSSENS DE BISTHOVEN, *Arr. Cass.*, 1989-90, p. 1132, *Rev. dr. pén.*, 1990, p. 974, note J.S. et J.T., 1990, p. 469, note J.M.

nante par un témoignage anonyme<sup>170</sup>. Parfois, la Cour de cassation a même semblé attribuer au témoignage anonyme une valeur probante encore plus relative, de sorte que ce moyen de preuve ait encore moins de poids qu'un simple «élément non déterminant dans la décision de condamnation». Ainsi, dans un arrêt du 29 avril 1998, elle constate que la Cour d'appel pouvait légalement décider de la culpabilité du demandeur lorsque celle-ci détaillait plusieurs éléments propres à constituer un faisceau de présomptions graves, précises et concordantes, «*parmi lesquels figurent de façon non déterminante ces témoignages anonymes, dont il relève qu'ils sont 'conformes en tous points aux éléments objectifs du dossier et aux déclarations (de trois autres) témoins'*»<sup>171</sup>. Dans le même sens, la Cour de cassation avait décidé, dans d'autres arrêts plus récents, que les préventions étaient établies à l'analyse d'éléments propres à emporter à eux seuls la conviction de la juridiction de la cour d'appel<sup>172</sup>. Toutefois, rien ne permet de conclure que la Cour de cassation estime que l'existence de moyens de preuves propres à fonder la décision du juge, hors témoignages anonymes, soit une condition nécessaire à la réception de ces derniers.

La loi du 8 avril 2002 prévoit que le ou les témoignages déposés sous anonymat complet ne puissent servir de preuve exclusive ou déterminante (art. 189*bis*, al. 3, C.i.cr.), rejoignant en cela la jurisprudence européenne. Ce type de déclaration ne peut, d'autre part, servir de preuve que des infractions énumérées à l'article 90*ter*, §§ 2 à 4 du Code d'instruction criminelle, ou d'une infraction commise dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324*bis* du Code pénal. Or, l'octroi de l'anonymat ne peut déjà se concevoir que s'il existe des indications précises et sérieuses que les faits qui vont être relatés par le témoignage sont constitutifs d'une infraction énumérée par les mêmes articles. Cette deuxième mention du champ d'application, cette fois lors de l'appréciation de la force probante,

(170) Cass., 27 juin 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 1184 et *Larc. Cass.*, 2000, p. 261; Cass., 28 juin 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 1196; Cass., 27 juin 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 1184, *Larc. Cass.*, 2000, p. 261 et *T. Strafr.*, 2001, p. 85; Cass., 27 avril 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 580, *Rev. dr. pén.*, 2000, p. 359, *R. Cass.*, 2000, p. 121, note P. TRAEST, *Dr. circ.*, 1999, p. 310, *T. Strafr.*, 2001, p. 118, note F. VERBRUGGEN et *Vigiles*, 1999, n° 5, p. 27, note C. DE VALKENEEER; Cass., 12 mai 1998, *Corr. Antwerpen*, 12 mai 1998, *Vigiles*, 1999, n° 4, p. 21, note F. VERSPELT et Cass., 15 juillet 1997, *R.W.*, 1997-98, p. 640, concl. Av. gén. DE RIEMAECKER; voy. aussi Bruxelles (14<sup>e</sup> ch.), 29 mai 1997, *J.T.*, 1997, p. 571.

(171) Cass., 29 avril 1998, *J.L.M.B.*, 1999, I, p. 230. C'est nous qui soulignons. On remarquera que cette condition suffisante (mais dont la nécessité n'est toutefois pas explicite) relative à la valeur probante du témoignage anonyme correspond à celle exigée, selon Bart DE SMET, par l'arrêt VAN MECHELEN.

(172) Cass., 4 avril 2001, *Rev. dr. pén.*, 2001, p. 1006; Cass., 1<sup>er</sup> avril 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 430, *Arr. Cass.*, 1997, p. 414 et *Bull.*, 1997, p. 430; Cass., 23 janvier 1997, *Journ. proc.*, 18 avril 1997, note J.-F. DERMAGNE et Cass., 27 mai 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 1181 et *Arr. Cass.*, 1985-86, p. 1315.

se justifie sans doute par l'éventualité qu'un anonymat octroyé pour un témoignage censé porter sur ce type d'infractions en mette à jour une autre, de moindre gravité. Le témoignage anonyme ne peut alors servir de preuve pour cette autre infraction. Toutefois, le ministère public pourra toujours ouvrir une enquête sur base des renseignements ainsi révélés<sup>173</sup>.

Quant à l'anonymat partiel, la loi ne restreint pas sa force probante. Le législateur a estimé que puisque le témoin bénéficiant de ce régime doit comparaître devant la juridiction de fond, les droits de la défense sont suffisamment respectés et son témoignage doit avoir le même poids que tout autre mode de preuve. Le Conseil d'Etat remarquait toutefois que l'anonymat partiel, dans certains cas, peut aussi entraîner de graves difficultés pour la défense et qu'il faudrait dès lors qu'il soit, au même titre que l'anonymat complet, corroboré par d'autres moyens de preuve<sup>174</sup>. En réponse, le gouvernement exposa que l'obstacle plus important que l'anonymat complet représente pour le respect des droits de la défense justifie cette différence de traitement<sup>175</sup>. Il n'en reste pas moins que ce statut de témoin partiellement anonyme pourrait poser problème au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme<sup>176</sup>.

Les juridictions d'instruction pourraient-elles conclure, lors du règlement de la procédure, à une atteinte irrémédiable à l'équité du procès du fait d'une violation du caractère relatif de la force probante à attribuer au témoignage anonyme? L'équité du procès s'apprécie sur l'ensemble de la procédure. Par conséquent, lors de la clôture de l'instruction, l'évaluation que peut effectuer la chambre du conseil ou la chambre des mises en accusation de la force probante du témoignage anonyme n'est pas l'appréciation du poids déterminant du témoignage anonyme dans les charges suffisant au renvoi de l'inculpé devant les juridictions de fond. Il s'agit plutôt d'évaluer l'impact des déclarations anonymes sur une éventuelle décision de condamnation. C'est un exercice de projection sur l'ensemble

(173) Projet de loi relatif aux témoins anonymes, Exposé des motifs, *o.c.*, p. 41. Voy. aussi M.-A. BEERNAERT et D. VANDERMEERSCH, *o.c.*, pp. 730 et 742.

(174) Projet de loi relatif aux témoins anonymes, Avis du Conseil d'Etat, *o.c.*, pp. 52-53.

(175) Projet de loi relatif aux témoins anonymes, Exposé des motifs, *o.c.*, p. 31.

(176) Voy., à ce propos, A. DE NAUW, *o.c.*, pp. 924-925, n° 10.

du procès<sup>177</sup>. Ainsi, elles devront conclure à l'irrecevabilité du témoignage anonyme dès qu'il leur apparaîtrait certain que, vu les éléments de preuve réunis à ce moment, les juridictions de fond ne pourront qu'attribuer une force probante déterminante au témoignage anonyme dans une éventuelle déclaration de culpabilité. La chambre du conseil ou la chambre des mises en accusation pourrait alors rendre une ordonnance de surséance afin que des devoirs d'enquête supplémentaires soient effectués ou, constatant l'irrecevabilité des poursuites pour cause de violation précoce mais manifeste du droit au procès équitable, prononcer un non-lieu. Tel sera le cas quand elles estimeront qu'aucun autre moyen de preuve ne viendra reléguer le témoignage anonyme au rang de simple preuve de complément et qu'il est certain que le témoin anonyme ne divulguera pas d'autres renseignements propres à relancer l'enquête, soit parce qu'il est évident qu'il n'en possède pas, soit parce qu'il a disparu.

## **Section 2. L'importance persistante de la jurisprudence européenne lors de la phase préparatoire**

Malgré l'avènement de la loi sur l'anonymat des témoins, la jurisprudence européenne en la matière conserve un grand intérêt. Tout d'abord, parce que les dispositions européennes priment les dispositions de droit interne moins favorables. Ensuite, parce que certaines notions introduites par la nouvelle loi – notamment la condition de subsidiarité – nécessiteront une interprétation par nos cours et tribunaux, qui pourra prendre appui sur les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Enfin, la jurisprudence strasbourgeoise – de même que la jurisprudence belge – présente un intérêt certain pour l'appréciation des témoignages anonymes lors de la phase préparatoire du procès, dans la mesure où la nouvelle loi se préoccupe assez peu de cette étape. Nous déterminerons dès lors le champ d'application de la loi du 8 avril 2002 au regard de cette première phase du procès, afin de cerner, dans les creux de cette nouvelle législation, l'importance persistante de la jurisprudence européenne à ce moment.

(177) Toutefois, dans un arrêt rendu le 26 mars 2003 dans le cadre de l'affaire «COOLS», la Cour de cassation a estimé que la décision de renvoi de la chambre des mises en accusation était régulièrement motivée et légalement justifiée dès lors qu'*«il ne ressort pas de l'arrêt que la décision de renvoi s'appuie de manière exclusive ou déterminante sur une information ou un témoignage anonymes; (...)»* (Cass., 26 mars 2003, *J.T.*, 2003 (abrégé), p. 482). La Cour a donc ici vérifié le caractère relatif de la force probante du témoignage anonyme à l'égard de la décision de renvoi et non au regard de l'ensemble de la procédure.

Cet exercice impose, d'une part, d'aborder les moments pendant lesquels le témoignage peut être reçu – c'est-à-dire pendant l'information et l'instruction – avant d'envisager celui de la première appréciation qui en sera faite, le règlement de la procédure.

### 1) *Le témoin anonyme entendu pendant l'information*

La loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins n'autorise pas, à proprement parler, la réception du témoignage sous anonymat partiel pendant l'information. A ce moment, celle-ci ne pourra en effet avoir lieu que par le biais d'une « mini-instruction ». L'anonymat complet, lui, nécessite toujours l'ouverture d'une instruction car l'article 28<sup>septies</sup> du Code d'instruction criminelle l'exclut du champ d'application de la mini-instruction<sup>178</sup>. Toutefois, il se peut que le témoignage anonyme soit reçu par les services de police ou les magistrats du ministère public. Or, bien que cette hypothèse soit celle de la plupart des auditions réalisées lors d'enquêtes policières<sup>179</sup>, le nouveau cadre juridique apporté à l'anonymat des témoins ne semble pas devoir s'y appliquer<sup>180</sup>.

Cette absence de prise en compte par la loi du 8 avril 2002 des témoignages anonymes reçus par les services de police impose de recourir aux règles posées par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Dès lors que ces témoignages n'ont pas été reçus par un magistrat indépendant – en l'occurrence, un juge d'instruction – et que les parties au procès n'ont pas eu l'occasion de participer à l'interrogatoire, l'audition du témoin anonyme ne compense pas à suffisance les atteintes portées par ce mode de preuve dérogeant au droit commun. Ce témoignage ne pourra donc être un élément de preuve de la culpabilité de la personne poursuivie. Néanmoins, conformément à la jurisprudence de la

(178) Voy. Projet de loi relatif aux témoins anonymes, Amendement n° 57 de M. DECROLY et consorts, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2000-2001, n° 1185/008, p. 5. Selon l'auteur de cet amendement, il convenait que le juge d'instruction soit requis d'instruire, « *afin de pouvoir disposer de tous les éléments lui permettant d'apprécier la nécessité du recours au témoignage anonyme* ».

(179) M.-A. BEERNAERT et D. VANDERMEERSCH, *o.c.*, 2002, p. 721 et F. SCHUERMANS, *o.c.*, p. 82.

(180) Projet de loi relatif aux témoins anonymes, Avis du Conseil d'Etat, *o.c.*, pp. 54-55 et Exposé des motifs, *o.c.*, p. 25.

Cour de cassation<sup>181</sup>, il pourra servir de simple renseignement à partir duquel des poursuites vont pouvoir être enclenchées ou relancées<sup>182</sup>. De même, si les témoignages anonymes complets ne peuvent servir de preuve que pour les infractions visées à l'article 90ter, §§ 2 à 4 du Code d'instruction criminelle, commises dans le cadre d'une organisation criminelle visée à l'article 324bis du Code pénal ou d'une infraction à la loi du 16 juin 1993 relative à la répression des violations graves du droit international humanitaire<sup>183</sup>, ils pourront eux aussi néanmoins servir de simples renseignements, pour toutes autres infractions<sup>184</sup>.

*A fortiori*, les simples dénonciations anonymes, dont il est entendu dès leur réception qu'elles ne serviront pas comme preuve, même corroborante, peuvent servir de point de départ d'une enquête judiciaire<sup>185</sup>.

Toutefois, même pour ne servir que de renseignements, les témoignages anonymes devront répondre à quelques conditions<sup>186</sup>. Ainsi, selon la Cour de cassation, la preuve d'une infraction n'est pas apportée lorsque celle-ci

(181) Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 30 mai 1995, *Rev. dr. pén.*, 1996, p. 118. Voy. aussi Corr. Gent, 23 avril 1997, *T.G.R.*, 1997, p. 246; Pol. Hasselt, 5 juin 1992, *Limb. Rechtsl.*, 1992, p. 350 (abrégé), note M. SCHOTSMAN et *J.J.P.*, 1994, p. 186, note F. SCHIJS. Pour une application de cet enseignement en matière de témoignage anonyme, on consultera un des arrêts rendus par la Cour de cassation dans l'affaire «Cools», qui énonce: «Attendu que les actes qui relèvent de la police judiciaire, de l'information et de l'instruction ne sont pas irréguliers et ne méconnaissent pas le principe général du droit relatif au respect des droits de la défense du seul fait qu'ils font suite à des informations consignées dans un procès-verbal qui n'en indique pas la source» (Cass., 26 mars 2003, *J.T.*, 2003 (abrégé), p. 482). La Cour a encore énoncé tout récemment que «les renseignements obtenus sous couvert de l'anonymat ne s'identifient pas aux éléments de preuve recueillis de manière régulière autonome contre les accusés» et que «l'article 6.3.d, de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales n'est pas méconnu du seul fait que le juge du fond a estimé ne pas devoir ou ne pas pouvoir ordonner une audition contradictoire de l'informateur anonyme dont les révélations ont permis d'orienter utilement les recherches» (Cass., 16 juin 2004, *J.L.M.B.*, 2004, p. 1146).

(182) Voy., à ce propos, M.-A. BEERNAERT et D. VANDERMEERSCH, *o.c.*, 2002, p. 721; C. DE VALKENEEER, *La tromperie dans l'administration de la preuve pénale*, Bruxelles, Larcier, 2000, pp. 119-121 et F. VERBRUGGEN, *o.c.*, pp. 97-98.

(183) Article 86quinquies du Code d'instruction criminelle.

(184) Projet de loi relatif aux témoins anonymes, Exposé des motifs, *o.c.*, pp. 39-40. Sur cette dérogation au droit commun, voy. A. DE NAUW, «De wet op de anonimiteit van getuigen», *R.W.*, 2003, p. 933, n° 26.

(185) Gent (mis. acc.), 26 juin 2003, *R.A.B.G.*, 2004, pp. 358-367, note F. SCHUERMANS.

(186) Sur cette problématique, voy. not. A. MISONNE, *La loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins – Présentation et analyse*, Bruges, La Charte, 2004, à paraître.



découle de manière directe<sup>187</sup> d'un acte illégal ou irrégulier. Or, ceci est le cas lorsque la personne qui informe les autorités judiciaires d'une infraction a elle-même commis un fait punissable ou une manœuvre irrégulière pour en prendre connaissance<sup>188</sup>. Une action publique fondée, pour l'essentiel, de manière directe sur de telles illégalités ou irrégularités doit être déclarée irrecevable. Par conséquent, même pour ne servir que de simple renseignement, il faudra que les témoignages ou déclarations anonymes ne soient pas entachés d'illégalités ou d'irrégularités<sup>189</sup>. Quelles sont les hypothèses à éviter? Tout d'abord, il convient de rappeler que, tant comme moyen de preuve que comme simple renseignement, un témoignage anonyme n'est pas illégal en soi. Ce qui est maintenant évident avec l'avènement de la loi du 8 avril 2002 l'était toutefois déjà avant<sup>190</sup>. Par contre, d'une part, le témoignage peut être illégal, parce que l'information qu'il relate a été obtenue de manière illégale (rupture du secret des lettres, du secret professionnel ...)<sup>191</sup>. Parfois, l'illégalité est évidente parce qu'elle

- (187) A l'origine, la Cour de cassation considérait qu'était contaminée la preuve dont le recueil était la conséquence *directe ou indirecte* d'un acte illégal ou irrégulier: Cass., 4 janvier 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 1 et *R.W.*, 1994-95, p. 185, concl. Av. gén. J. DU JARDIN et note F. D'HONT; Cass., 14 février 2001, *Rev. dr. pén.*, p. 875 et Cass., 9 décembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 1382 et spéc. p. 1402. Le 22 mai 2001, elle a toutefois réduit l'étendue de cette contamination aux seuls éléments de preuve en lien causal *direct* avec l'acte illégal ou irrégulier: Cass., 22 mai 2001. Elle a confirmé cette jurisprudence par un arrêt du 23 avril 2002 ayant trait à l'action publique mue sur base d'informations données par un tiers resté anonyme, qui avait obtenu celles-ci de manière douteuse: Cass., 23 avril 2002. Signalons toutefois que la Cour semble être revenue à sa jurisprudence antérieure (le lien de causalité directe ou indirecte avec l'acte illégal ou irrégulier) dans un arrêt du 14 octobre 2003, critiquable par ailleurs (voy. *supra*): Cass., 14 octobre 2003.
- (188) Cass., 4 janvier 1994, précité, p. 185, concl. Av. gén. J. DU JARDIN et note F. D'HONT; voy. aussi Cass., 14 février 2001, précité, p. 875 et Cass., 9 décembre 1997, précité, p. 1382 et spéc. p. 1402. Pour la différence entre moyen de preuve illégal et irrégulier, voy. Cass., 13 mai 1986, précité, p. 1107, concl. Av. gén. J. DU JARDIN.
- (189) Dans son arrêt du 14 octobre 2003, la Cour estime toutefois recevable une preuve recueillie par un acte illégal tant que la crédibilité de cette preuve n'est pas atteinte par cette illégalité (Cass., 14 octobre 2003, précité). Il s'agit ici d'une dangereuse intrusion dans notre droit du principe «pas de nullité sans grief» qui n'y avait pas cours jusqu'alors.
- (190) Voy. not. Cass., 27 avril 1999, *Vigiles*, 1999, n° 5, p. 27, note C. DE VALKENEER et Cass., 29 avril 1998, *J.L.M.B.*, 1999, I, p. 230. Voy. aussi Pol. Hasselt, 5 juin 1992, *Limb. Rechtsl.*, 1992, p. 351, note M. SCHOTSMANS et *J.J.P.*, 1994, p. 186, note F. SCHIJS et Anvers (10<sup>e</sup> ch.), 2 juin 1992, *F.J.F.*, 1996, p. 42.
- (191) Corr. Tongeren, 18 décembre 1985, *Limb. Rechtsl.*, 1985, p. 120, note G. PANIER; Corr. Bruxelles, 18 avril 1986, *R.W.*, 1987-88, p. 59, note L. HUYBRECHT et Corr. Tongeren, 18 décembre 1985, *Limb. Rechtsl.*, 1985, p. 120, note G. PANIER.

tombe sous le sens<sup>192</sup> mais, dans la majorité des cas, l'anonymat rend la preuve de cette illégalité impossible<sup>193</sup>. D'autre part, le témoignage peut être irrégulier si les informations qu'il relate ont été obtenues ou administrées en violation d'un principe général de droit<sup>194</sup>.

Signalons toutefois que si le dénonciateur est totalement étranger aux actes illicites commis pour prendre connaissance de l'infraction renseignée aux autorités judiciaires, le juge peut refuser d'écarter la preuve qui aura découlé de ce renseignement<sup>195</sup>. Pour que les actes d'enquête subséquents soient légaux et que les preuves recueillies à leur suite soient recevables, il faut non seulement s'assurer que le dénonciateur n'est pas l'auteur de l'infraction grâce à laquelle il a pris connaissance de l'information divulguée aux enquêteurs, mais encore qu'aucun lien n'existe entre lui et cette infraction. A notre sens, ce lien existe déjà si l'on peut établir que le dénonciateur n'est que l'homme de paille de la personne qui a commis le fait illicite, c'est-à-dire s'il n'est qu'un intermédiaire, conscient ou non, entre celui-ci et les enquêteurs. Les auteurs du fait illicite ayant permis la découverte du renseignement – voire même les enquêteurs – pourraient en effet s'entendre pour rendre légale à peu de frais, de cette façon, une preuve qui ne l'est pas du fait de son origine infractionnelle.

Enfin, pour justifier l'accomplissement de certains actes d'enquête particulièrement attentatoires à la vie privée ou à la liberté du citoyen, la dénonciation anonyme doit, à tout le moins, avoir été étayée par des

(192) Cass., 17 janvier 1990, *R.W.*, 1990-91, p. 463, note L. HUYBRECHT; Corr. Bruxelles, 18 avril 1986, *R.W.*, 1987-88, p. 59, note L. HUYBRECHT et Corr. Tongeren, 18 décembre 1985, *Limb. Rechtsl.*, 1985, p. 120, note G. PANIER.

(193) Voy. A. DE NAUW, *o.c.*, p. 921, n° 1; M. GUERRIN, *o.c.*, pp. 46-47 et M. SCHOTSMANS, «De anonieme brief als bewijs in strafzaken», note sous Pol. Hasselt, 5 juin 1992, *Limb. Rechtsl.*, 1992, p. 354.

(194) Cass., 13 mai 1986, *Pas.*, 1986, I, p. 1107, concl. Av. gén. J. DU JARDIN et not. Cass., 4 janvier 1994, *R.W.*, 1994-95, p. 185, concl. Av. gén. J. DU JARDIN et note F. D'HONT.

(195) Cass., 14 février 2001, *Rev. dr. pén.*, 2001, p. 875. En 1990, la Cour de cassation avait par contre décidé que le moyen de preuve obtenu par une infraction n'était illégal que si l'infraction en question avait été commise soit par les enquêteurs ou la partie civile, soit pas le dénonciateur lui-même (Cass., 17 janvier 1990, *R.W.*, 1990-91, p. 463, note L. HUYBRECHT). Sur la base de cet ancien arrêt, une juridiction de fond pouvait donc recevoir un élément de preuve obtenu de manière illégale par toutes autres personnes tierces, que celle-ci ait ou non un lien avec les enquêteurs, la partie civile ou le dénonciateur. Ainsi pouvait alors être recevable comme moyen de preuve un document volé par un tiers pour le compte du dénonciateur.

éléments objectifs<sup>196</sup> ou être suffisamment précise<sup>197</sup>. Ainsi, il y a peu, le Tribunal correctionnel<sup>198</sup> et la Cour d'appel d'Anvers<sup>199</sup> ont eu l'occasion d'examiner la légalité de la perquisition menée suite à une dénonciation anonyme. En l'espèce, l'informateur anonyme dénonçait un trafic de drogue dans un immeuble voisin. Le prévenu considérait que la perquisition était illégale car menée sur un simple coup de fil anonyme. En première instance, le Tribunal correctionnel d'Anvers avait estimé que les services de police ne disposaient pas d'assez de données pour exécuter une perquisition. A l'instar du prévenu, il considérait qu'il existait un risque que le correspondant téléphonique anonyme ait cherché par ce moyen à entraîner l'éviction d'un ennemi ou à détourner l'attention de la police. De plus, cette manière de procéder permettrait à quiconque de provoquer une fouille, une inspection de véhicule ou une perquisition de l'immeuble de son voisin, sur un simple coup de téléphone anonyme. Pour sa part, la Cour d'appel d'Anvers a jugé que les informations données, concrètes et détaillées, autorisaient bien les verbalisants à procéder à une perquisition. A propos de la même problématique, mais dans une autre affaire, la Cour de cassation s'est, elle aussi, prononcée<sup>200</sup>. Elle confirme qu'une perquisition n'est pas irrégulière du seul fait qu'elle fait suite à une déclaration anonyme. Sa régularité dépend de l'existence préalable d'indications sérieuses que les locaux qui en feront l'objet servent à la commission de l'infraction poursuivie. Or, ces indications sérieuses peuvent être des informations anonymes, pour autant que celles-ci soient détaillées et, par conséquent, crédibles<sup>201</sup>. On ne peut s'empêcher de voir ici, même à considérer l'arrêt moins strict de la Cour d'appel d'Anvers, une espèce de parallèle – à un degré moindre, il est vrai – avec la nécessité de voir le témoignage anonyme utilisé comme moyen de preuve corroboré par d'autres éléments qui lui enlèveront toute force probante déterminante. En ce sens, cet autre jugement du Tribunal correctionnel d'Anvers<sup>202</sup> qui, dans une affaire similaire à celle qui vient d'être relatée, n'autorise l'exécution d'une perquisition qu'à condition que le coup de téléphone anonyme n'ait

(196) Corr. Antwerpen, 23 juin 1998, *Vigiles*, 1999, n° 4, p. 22, note F. VERSPEELT; Corr. Antwerpen, 12 mai 1998, *Vigiles*, 1999, n° 4, p. 21 et Bruxelles (ch. vac.), 12 août 1994, *J.T.*, 1995, p. 265.

(197) Antwerpen, 16 janvier 2002, *Vigiles*, 2002, n° 2, p. 56 (abrégé), note F. VERSPEELT et Antwerpen, (mis. acc.), 12 octobre 2001, *T. Strafr.*, 2002, p. 325.

(198) Corr. Antwerpen, 23 juin 1998, *Vigiles*, 1999, n° 4, p. 22, note F. VERSPEELT.

(199) Antwerpen, 16 janvier 2002, *Vigiles*, 2002, n° 2, p. 56 (abrégé) et spéc., sous cet arrêt, la note de F. VERSPEELT, « Huiszoeking in een drugpand », *o.c.*, pp. 57-58.

(200) Cass., 12 février 2002, *T. Strafr.*, 2002, p. 321 rejetant le pourvoi formé contre Antwerpen (mis. acc.), 12 octobre 2001, *T. Strafr.*, 2002, p. 325.

(201) Cass., 12 février 2002, *T. Strafr.*, 2002, p. 324.

(202) Corr. Antwerpen, 12 mai 1998, *Vigiles*, 1999, n° 4, p. 21, note F. VERSPEELT.

pas été la raison déterminant l'accomplissement de ce devoir d'enquête. Un tel devoir doit avoir été essentiellement justifié par d'autres éléments de fait, tels que des observations.

## *2) Le témoin anonyme entendu pendant l'instruction*

Selon la procédure instaurée par la loi du 8 avril 2002, le témoin anonyme peut être entendu pendant l'instruction préparatoire, selon les modalités évoquées plus haut. Ainsi, dans une première étape, le juge d'instruction devra rendre une ordonnance par laquelle il accorde l'anonymat au témoin. Il notifiera ensuite cette ordonnance aux parties et les convoquera par le même pli recommandé à l'audition du témoin. La deuxième étape sera celle de l'audition du témoin par le juge d'instruction, audition à laquelle les parties assisteront, de manière physique ou par le truchement d'un système de télécommunication, si cela s'avère nécessaire pour garantir l'anonymat.

Du fait de la primauté de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales sur les dispositions de droit interne, l'octroi de l'anonymat à un témoin et son audition pendant l'instruction, bien que réglés par la loi belge, devront néanmoins répondre aux conditions élaborées par la jurisprudence strasbourgeoise. Ainsi, comme nous l'avons vu précédemment, il conviendra tout d'abord d'être attentif aux conditions d'octroi du témoignage anonyme. Le respect du principe de proportionnalité imposera une interprétation stricte de la notion d'anonymat partiel. Par ailleurs, le juge d'instruction devra porter un regard particulièrement critique sur le champ d'application de l'anonymat complet, tel qu'édicte par le nouvel article 86bis, § 2, du Code d'instruction criminelle, qui, fort large, pourrait ne pas toujours correspondre aux exigences européennes. Le respect du principe de subsidiarité nécessitera ensuite une attention particulière à la vérification de l'existence réelle d'une menace ou à sa probabilité, suivant que le témoin soit ou non membre des forces de polices ou dans un lien de dépendance avec ces dernières. Les seuls besoins opérationnels futurs ne constitueront donc pas un motif suffisant. Pour se conformer au principe de subsidiarité, le juge d'instruction devra aussi vérifier, avant d'ordonner l'anonymat, qu'il n'existe pas de solution alternative, moins attentatoire aux droits de la défense. De même, il contrôlera la fiabilité du témoin et en fera part, ainsi que du respect des autres conditions, dans une ordonnance détaillée. Comme les conditions d'octroi, les conditions relatives à l'administration du témoignage anonyme feront aussi l'objet d'une attention particulière. Si le juge d'instruction doit filtrer les questions susceptibles de dévoiler l'identité du témoin, il ne pourra effectuer une censure obérant toute contradiction. Puis, notamment, le système de télécommunication mis

en place devra permettre une «compensation» suffisante aux yeux de la jurisprudence européenne. Enfin, la force probante accordée au témoignage anonyme par le nouvel article 189*bis* du Code d'instruction criminelle ne pourra faire l'objet d'une acception plus large que celle de la Cour européenne des droits de l'homme.

### 3) *Un premier moment d'appréciation : le règlement de la procédure*

Si le contrôle par les juridictions de fond du respect des diverses conditions examinées plus haut va de soi, le texte de la nouvelle loi ne dit mot de la possibilité d'une vérification du même type par les juridictions d'instruction. Pourtant, nous avons vu qu'un tel contrôle était possible et même souhaitable si l'on adapte les conditions de réception des témoignages anonymes au moment précoce de leur vérification.

Lorsqu'au moment du règlement de la procédure, les juridictions d'instruction constatent que la procédure est irrémédiablement atteinte, qu'aucun procès équitable ne pourra se tenir, elles pourront écarter le témoignage anonyme et déclarer l'irrecevabilité des poursuites basées de manière essentielle sur celui-ci. Ainsi, il nous semble que les conditions d'octroi comme les conditions d'administration et de force probante du témoignage anonyme peuvent faire l'objet d'une vérification, non seulement par les juridictions de fond, mais aussi par les juridictions d'instruction. En ce qui concerne la vérification des conditions d'octroi, relevons que les travaux préparatoires admettent que l'ordonnance du juge d'instruction accordant l'anonymat puisse être contestée lors du règlement de la procédure<sup>203</sup>. La vérification des conditions d'octroi se fera de manière identique devant les juridictions d'instruction et devant les juridictions de fond, puisque l'ordonnance accorde une fois pour toutes l'anonymat et que le respect des conditions de proportionnalité et de subsidiarité doit être acquis à ce moment. La précocité de la vérification n'implique donc aucune modification de ces conditions d'ouverture de l'anonymat. A noter qu'une fois l'anonymat partiel octroyé, il n'est pas question d'accorder l'anonymat complet par la suite, par crainte de faire croire en l'existence de

(203) Projet de loi relatif aux témoins anonymes, Exposé des motifs, *o.c.*, p. 32. Rappelons, par ailleurs, l'existence d'un recours contre l'ordonnance du juge d'instruction lorsque celle-ci fait suite à une demande d'accomplissement de devoirs d'instruction complémentaires, formulée par l'inculpé, la partie civile ou la personne à l'égard de laquelle l'action publique est engagée dans le cadre de l'instruction (art. 61*quinquies* C.i.cr.). Sur l'étrangeté de l'absence de recours du ministère public, voy. A. DE NAUW, *o.c.*, p. 927, n° 18.

plusieurs témoins<sup>204</sup>. Par contre, la vérification lors du règlement de la procédure des conditions d'administration et de force probante relative du témoignage anonyme implique la prise en compte de la procédure dans son ensemble. La violation de ces conditions devra donc être définitive; ce qui implique qu'un «rattrapage» devant les juridictions de fond est impossible. Il en sera notamment ainsi lorsque le témoin n'est pas prêt à témoigner dans des conditions plus favorables à la contradiction.

## Conclusions

Au terme de cette étude, il nous est apparu que la notion de procès équitable utilisée sans aucun problème par les juridictions de fond peut aussi, dans une certaine mesure, être appliquée par les juridictions d'instruction, en particulier quand l'action publique est initiée par ou fondée sur des témoignages anonymes. Ceci, en dépit de la loi du 8 avril 2002 relative à l'anonymat des témoins.

Dans un premier temps, il nous est apparu que, malgré les quelques touches de contradiction apportées par la loi du 12 mars 1998, la phase préparatoire du procès pénal restait inquisitoire dans sa structure. Pour autant que ce moyen puisse être reçu par les juridictions d'instruction, le droit de chacun à un procès équitable pouvait alors apparaître comme un contrepoids à cette prééminence persistante du secret et de l'absence de contradiction.

Dans un deuxième temps, après avoir évoqué l'importance des implications de la notion de procès équitable, nous avons pu analyser son champ d'application à travers la jurisprudence belge. Bien que celle-ci n'envisage en principe aucune vérification par la chambre du conseil et la chambre des mises en accusation de la conformité de la procédure à l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, il était difficile de maintenir ce point de vue quand, d'évidence, un acte de procédure atteignait de manière irréparable le caractère équitable d'un procès pénal. Dès lors, la Cour de cassation, qui admet que le respect du caractère équitable du procès se vérifie au regard de l'ensemble de la procédure, permet un tel contrôle par les juridictions d'instruction.

(204) M.-A. BEERNAERT et D. VANDERMEERSCH, *o.c.*, 2002, p. 741. Sur l'absence de définition légale de la notion de «nouveau témoin» entendu par les juridictions de fond (art. 189bis et 315bis C.i.cr.), voy. M. NÈVE, F. KUTY et S. BERBUTO, *o.c.*, pp. 285-286.

Dans un troisième temps, nous avons développé l'importance résiduaire de la jurisprudence strasbourgeoise pour les témoignages anonymes, en particulier lors de la phase préparatoire. La Cour européenne des droits de l'homme soumet la réception des témoignages anonymes à une série de conditions strictes, déduites des articles 6.1 et 6.3.d) de la Convention. Dès lors, ces conditions, qui doivent être vérifiées par les juridictions de fond, peuvent aussi l'être par les juridictions d'instruction quand, au moment du règlement de la procédure, il apparaît certain que leur respect est irrémédiablement compromis.

Sur la voie d'une procédure de plus en plus accusatoire, la notion de procès équitable présente l'avantage de faciliter la conciliation de notions antinomiques, telles que la nécessité de la contradiction et le secret de l'information ou de l'instruction. Toutefois, elle n'est qu'un pis-aller, un traitement censé apaiser une tension croissante entre protection du citoyen et protection des intérêts de la société, dont la consécration légale des témoignages anonymes n'est qu'un symptôme. Dans une approche globale de la procédure pénale, les réformes à venir permettront peut-être la mise en place d'un nouvel équilibre qui, laissant la place à une plus grande contradiction, enlèvera toute nécessité d'un recours à l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. D'ici à cette consécration, la notion de procès équitable et son contrôle par les juridictions d'instruction restent un contrepoids indispensable au caractère toujours inquisitoire de la phase préparatoire du procès pénal.

Antoine MISONNE,  
Assistant F.U.N.D.P. – Namur,  
Membre du centre *Projudic*